

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
COMPENSATION LÉGALE

ET DE LA
COMPENSATION JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 3 mai 1900 à 10 heures

PAR

FERNAND JOUSSELIN

Président : M. WEISS

Suffragants { MM. MASSIGLI } *professeurs*
COLIN }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

COMPENSATION LÉGALE

ET DE LA

COMPENSATION JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

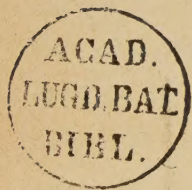
Sera soutenu le jeudi 3 mai 1900 à 10 heures

PAR

FERNAND JOUSSELIN

Président : M. WEISS

Suffragants { MM. MASSIGLI } *professeurs*
COLIN



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

INTRODUCTION

NOTION DE LA COMPENSATION — SON FONDEMENT — SON ÉVOLUTION HISTORIQUE

Lorsque deux personnes se trouvent respectivement créancières et débitrices, il semble au premier abord et si l'on s'en tient à un examen superficiel de cet état de choses, qu'il n'y ait point là matière à difficulté particulière d'ordre juridique. Pierre doit 200 à Paul et Paul de son côté doit 100 à Pierre ; eh bien, Paul poursuivra Pierre en paiement de sa créance de 200 et, de son côté, Pierre poursuivra Paul en paiement de sa créance de 100. Rationnellement et dans la rigueur des principes, aucun obstacle n'existe à la co-survivance des deux dettes : il y aura deux paiements séparés ; le cas échéant deux actions en justice.

Si pourtant nous consultons les législations modernes, nous apercevons qu'elles réglementent la situation en face de laquelle nous nous plaçons d'une tout

autre manière. Etant donné que Paul, créancier de Pierre pour 200 est aussi débiteur pour 100, il devra défalquer le montant de sa dette du montant de sa créance ; au besoin la loi fera elle-même cette défalcation, et Paul ne pourra poursuivre Pierre que pour la différence, soit 100. En termes plus techniques, entre les deux dettes s'opère une *compensation*, une extinction totale ou partielle jusqu'à due concurrence ; il y a balance de la créance par la dette (*debiti et crediti inter se contributio*) (1).

On aperçoit d'ailleurs facilement les raisons qui ont déterminé le législateur moderne à consacrer cette institution de la compensation. C'est tout à la fois l'utilité pratique et l'équité qui la commandent.

L'utilité pratique tout d'abord. A quoi bon, en effet, dans cette hypothèse de dettes et de créances réciproques, la réalisation matérielle de deux paiements effectifs ; pourquoi, si les débiteurs sont éloignés l'un de l'autre, ce double transport de numéraire avec les lenteurs, les frais, les occasions de perte qui en découlent fatalement ! Sans nul doute il ne peut qu'être avanta-

(1) V. C. Civ., art. 1289 : « Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés ». Art. 1290 : « La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. »

geux, à tous ces égards, de remplacer par un double paiement fictif le double paiement réel. Le résultat restera identique et la liquidation des affaires en sera grandement facilitée. Au surplus, et s'il y a difficulté, pourquoi ne pas trancher les deux procès par un même jugement? « Cela ne demande en général, observe justement M. C. Appleton, ni autant de temps, ni autant de frais que pour les juger séparément. Car il est rare qu'il n'y ait pas entre les deux affaires quelque point commun (ne fût-ce que la *moralité* des parties), sur lequel il suffira d'avoir une fois éclairé le juge chargé de statuer sur les deux litiges (1) ».

Mais à côté de cette raison d'utilité, d'opportunité pratique, il en est une autre, avons-nous dit, qui est, à un titre égal, à la base même de la compensation, c'est une raison de justice. S'il peut arriver, en effet, qu'une des parties soit contrainte de payer, sauf à faire statuer plus tard sur sa propre prétention, que va-t-il arriver? C'est qu'elle va rester dans l'intervalle exposée à l'insolvabilité de l'autre partie; or on peut douter, ce nous semble, qu'un pareil résultat soit équitable. — Il le serait même d'autant moins qu'il pourrait y avoir là une méconnaissance complète des intentions du débiteur condamné en premier lieu. S'il a contracté, en effet, s'il a consenti à devenir débiteur, c'est peut-être

(1) Cf. C. Appleton, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris, Masson, 1895, p. 9.

parce qu'il a pris en considération sa qualité déjà existante de créancier de celui envers qui il s'engageait et en d'autres termes, il a considéré sa dette comme la garantie de sa propre créance. Or l'obliger à payer cette dette sans lui permettre d'invoquer immédiatement sa créance, c'est méconnaître la volonté qu'il a eue de solidariser pour ainsi dire sa créance et sa dette, c'est lui enlever sa garantie.

Ainsi le bien fondé de la compensation ne peut faire de doute. Il serait cependant inexact de croire qu'il n'y ait point quelque ombre au tableau. La compensation a des avantages considérables et incontestables ; elle ne va pourtant pas sans inconvénients et ces inconvénients d'ordre général, qui se retrouvent indépendants des conceptions différentes de la compensation sont faciles à apercevoir, ce sont ceux qu'entraînent presque fatalement les demandes reconventionnelles.

Et d'abord, c'est ce fait que le demandeur primitif sera soustrait à des juges naturels. Défendeur en réalité, en ce qui concerne la demande nouvelle dirigée contre lui, c'est devant les juges de son domicile qu'il devrait être appelé à se défendre conformément à la règle : *actor sequitur forum rei*. Or, tout au contraire, c'est le juge primitivement saisi, qui va statuer, c'est-à-dire le juge naturel du défendeur primitif, reconventionnellement demandeur : « or, comme on l'a dit, l'avantage d'être jugé par le tribunal de son domicile ne consiste pas seulement à éviter un déplacement qui est ici tout

opéré, mais encore à plaider devant des gens dont on est connu, dont on sera cru si l'on a derrière soi un passé honorable dont ils ont été témoins ; enfin, on bénéficie de la sympathie qui s'attache toujours à l'homme du pays en litige avec l'étranger (1). »

La demande reconventionnelle a du reste un autre défaut, celui de fournir au plaideur malhonnête un moyen trop facile d'entraver la marche du procès dirigé contre lui. Il invoquera des créances dont il saura rendre difficile la vérification, et de cette façon reculera peut-être longtemps le prononcé de la condamnation. Celle-ci, venant trop tardivement, n'apportera plus à celui qui l'obtiendra les réparations légitimes et surtout efficaces sur lesquelles il était en droit de compter.

De tels inconvénients n'ont à coup sûr rien de chimérique. Cependant, quelque certains qu'ils soient, il faut évidemment reconnaître qu'ils ne sauraient avoir assez de force pour faire complètement écarter par le législateur cette institution de la compensation. Leur examen nous révèle des abus possibles, mais une institution ne se juge point sur ses abus et d'ailleurs une bonne organisation légale peut et doit suffire à prévenir tous ces inconvénients. Quant au principe, cela n'est pas niable : il reste sauf.

Il semble même si fermement établi, si nécessaire, qu'il paraît impossible au premier abord qu'aucune lé-

(1) Cf. C. Appleton, *op. cit.*, p. 10.

gislation puisse l'ignorer. Et de fait, si nous envisageons les législations modernes, nous constatons cette existence universelle de la compensation.

Là pourtant, comme en toutes choses, les notions actuelles ne sont que le développement, le résultat d'une lente évolution et, si nous remontons à des époques un peu reculées, non seulement nous trouvons en cette matière une organisation différente, mais encore l'absence même de notre institution. Ce fut l'état du droit romain à ses débuts et ce fut aussi pendant longtemps l'état de¹ notre ancienne législation française. Seulement ce qu'il faut remarquer, c'est que cette inexistence de la compensation tient en réalité à des raisons d'ordre, pour ainsi dire, extrinsèque et nullement à la considération directe de la compensation, de ses avantages ou de ses défauts.

A Rome, ce qui vient mettre obstacle, au début, à toute idée de compensation, c'est un des principes fondamentaux de l'antique procédure romaine, le *principe d'analyse ou d'unité de question* (1). Afin de faciliter la tâche du juge et d'assurer la promptitude et la justesse de sa sentence, obligation est imposée aux plaideurs de ne lui soumettre qu'une seule question. Sans doute, quand le demandeur a formulé sa prétention,

(1) V. sur le rôle et l'importance historique de ce principe, Von Ihering, *Esprit du droit romain*, t. IV, pp. 13-131. J. G : C. Appleton, *op. cit.*, p. 10 et suiv. ; Cf. Girard, *Manuel élémentaire*, 1896, p. 683.

le défendeur peut la combattre, mais il doit le faire en l'attaquant de front, pour ainsi dire ; par exemple, en niant la dette qu'on lui réclame ou en soutenant l'avoir déjà payée. Il ne saurait jamais se dérober en formulant une contre-prétention, en invoquant, par exemple, une créance nouvelle d'origine différente qu'il aurait contre son créancier, car ce serait déplacer le terrain du débat et soumettre au juge la solution d'un double litige.

Au surplus, l'organisation de la procédure romaine garantit encore pour un autre motif, la pleine observation du principe de l'unité de question, obstacle à l'existence d'aucune demande reconventionnelle. Voici comment : c'est que tout plaideur, pour agir en justice, est tenu d'user d'une forme nettement déterminée et définie. Il n'y a pas *d'action* en général, mais des *actions* distinctes, dont chacune a un objet précis et répond à une prétention simple et unique. Le plaideur a-t-il une réclamation complexe à formuler, il doit nécessairement la diviser, en isoler les différents chefs, la ramener en un mot à des prétentions simples. La méthode romaine est encore nettement indiquée par Sénèque lui-même : « Devant nos tribunaux, fait-il dire à un de ses personnages, voici comment nous voyons les choses se passer : toutes les actions restent distinctes et séparées. On nous actionne sur un point : nous ripostons par une action portant sur un autre point. On ne réunit pas les formules, et si quelqu'un,

après m'avoir confié un dépôt, vient à me voler, j'intenterai contre lui l'action de vol et lui contre moi l'action de dépôt. Un droit ne vient pas se mêler à un autre droit, chacun suit sa voie propre ; le dépôt soulève un procès et le vol en provoque un autre (1) ».

Rien évidemment de plus directement contraire à la compensation.

Même absence de cette institution, avons-nous dit, à l'origine de notre législation française et, selon toute apparence, au début tout au moins, pour des raisons analogues. Alors que la procédure est purement orale, on sent la nécessité de ne point compliquer l'instance. La tâche du juge sera plus claire si l'on écarte du procès les demandes incidentes qui entraîneraient pour lui appréciation nécessaire des droits réciproques des parties ; ici encore la compensation irait contre cet impérieux besoin de simplicité.

Plus tard, il est vrai, cette difficulté première s'évanouit : la procédure est écrite, la justice est rendue, non plus par le seigneur, mais par un juge, plus versé dans la connaissance du droit, le droit romain est connu et

(1) V. Sénèque, *De benef.*, 6, 5, 6 : « Illud enim video in hoc foro fieri : separantur actiones, et de eo agimus, et de eo nobiscum agitur. Non confunditur formula si qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit, et ego cum illo furti agam, et ille mecum depositi. Lex legi non miscetur ; utraque sua via it : depositum habet actionem propriam, tum mehercule ! quam furtum ».

étudié, le procès pourrait se compliquer davantage sans danger sérieux pour la bonne administration de la justice. Cependant, longtemps encore la compensation reste prohibée, mais la raison en est dans des considérations d'ordre tout différent. Si, malgré l'influence du droit romain et le développement de la civilisation, la compensation demeure impossible, c'est pour un motif d'ordre fiscal. Admettre en effet qu'une dette éteindra l'autre, reconnaître l'usage de la demande reconventionnelle, ce serait porter atteinte au droit qu'a le seigneur compétent de rendre la justice et d'en percevoir les profits (1).

Mais on conçoit que de semblables considérations ne peuvent conserver bien longtemps leur puissance. Aussi, peu à peu, au fur et à mesure que se développent les relations et avec elles la vie juridique, voyons-nous le droit romain et notre ancien droit reconnaître la compensation et lui faire un champ d'application de plus en plus vaste. C'est là toute une évolution qu'il ne rentre point dans notre but de retracer dans ses détails ; il nous suffira d'en esquisser les grandes lignes.

*
* *

Peut-être faut-il reconnaître un certain empire à la

(1) Quand une demande de la compétence d'un seigneur était formée devant d'autres juges, le seigneur avait le droit de la revendiquer. Cela s'appelait en Bretagne le *retrait de barre*.

compensation dès le temps des *legis actiones*. Ce n'était point sans doute dans les cas de *sacramentum*, où le juge n'avait à faire d'autre appréciation que celle du caractère juste ou injuste du pari ; et ce n'était point davantage dans la *legis actio per condictioem*, qui ne fut pour ainsi dire qu'une simplification de l'ancien *sacramentum* (1). Mais où la compensation put exister, ce fut dans la *legis actio per iudicis postulationem*. Si l'on accepte, en effet, le témoignage de Cicéron (2), les hypothèses qui relevaient de cette procédure étaient de celles qui, dans la suite, donnèrent lieu à des actions de bonne foi. Le juge devait y statuer *salva fide*, en prenant souci des considérations d'équité, donc des prestations réciproques que pouvaient se devoir les parties. Son examen portait sur le fait juridique entier qui lui était soumis, sur tous les éléments multiples de la cause. Non seulement par conséquent, il avait à apprécier la prétention du demandeur, mais encore, si le défendeur avait lui-même de son côté une créance à faire valoir contre celui qui l'actionnait en justice, le juge devait en tenir compte (3).

Il va de soi du reste, que le juge, quoique statuant en équité, ne peut examiner autre chose que l'affaire à lui soumise. Pour qu'il prenne en considération les

(1) Cf. Girard, *op. cit.*, p. 96.

(2) V. Cicéron, *De Officiis*, III, 17.

(3) Cf. Gaius, *Comm.* IV, 63. Jg. Desjardins, *De la compensation*, p. 26.

deux créances et les compense, il faut donc de toute nécessité qu'elles découlent du même fait juridique, qu'elles soient nées *ex eadem causa* (1).

Quoi qu'il en soit de cette existence de la compensation au temps des *legis actiones*, existence fatalement conjecturale, à raison de l'insuffisance des textes, si nous passons à l'époque du système formulaire, nous trouvons admise et cette fois d'une façon certaine la compensation. Sans doute elle reste encore en principe conventionnelle, c'est-à-dire qu'elle relève normalement de la volonté des parties en dehors de laquelle elle ne se produit pas, mais ce n'est plus là un principe absolu. Des hypothèses existent dans lesquelles, de par la loi elle-même, la compensation va pouvoir être invoquée devant le juge qui devra en tenir compte.

Ce sont d'abord les hypothèses d'actions de *bonne foi*. Là, en effet, de par la nature elle-même de l'action, le juge est saisi de tout le *negotium* de toute l'opération dont l'appréciation lui est soumise. Si donc, par cette même opération sur laquelle se fonde le demandeur, le défendeur est devenu également son créancier, si, par exemple, débiteur d'un prix de vente, il est devenu créancier de son vendeur à raison de détériorations que

(1) Les deux créances, en outre de leur commune origine, devaient-elles avoir des objets de même nature ? La question a fait l'objet d'une controverse entre les interprètes. Cf. sur ce point, pour l'affirmative, Lair, *De la compensation*, p. 5, et en sens contraire : Desjardins, *De la compensation*, p. 28.

celui-ci a fait subir à la chose vendue, ce défendeur pourra opposer sa créance et le juge pourra en tenir compte (1). Nous disons « pourra », c'est qu'en effet la compensation n'est ici que facultative : le défendeur peut ne point l'invoquer, préférant garder sa créance et, à supposer qu'il l'invoque, le juge n'est point tenu de l'opérer (2).

Mais voici un second cas où la compensation ne reste point subordonnée à la volonté du juge et constitue pour le demandeur une obligation, c'est le cas du banquier (*argentarius*), qui agit en paiement contre son client par une *condictio certæ pecuniæ* ou *triticaria*. Obligation lui est imposée de faire avant tout la balance de ce qui lui est dû par celui contre qui il agit et de ce qu'il lui doit lui-même. Néglige-t-il de le faire, le défendeur invoquera la compensation devant le juge et alors, comme le banquier a dû mentionner le montant de sa demande dans *l'intentio* de la formule, comme, d'autre part, sa réclamation est reconnue inexacte, il y a *plus petitio*. Le demandeur sera condamné et son action ayant été *déduite in iudicium*, il ne pourra, en la renouvelant, venir réclamer ce qui lui est dû.

La troisième des hypothèses dans lesquelles, le plus anciennement, la compensation fut admise est celle du *bonorum emptor*. L'adjudicataire des biens d'un insol-

(1) V. Gaïus, IV, 61-63. Cf. Appleton, *op. cit.*, pp. 60-81.

(2) Cf. Girard, *op. cit.*, p. 684.

vable qui poursuit les débiteurs de cet insolvable ne peut agir contre eux que *cum deductione*, c'est-à-dire qu'il doit tenir compte au débiteur poursuivi des dettes que le *defraudator* pouvait avoir envers lui. Il fait cette *deductio* dans une clause de la *condemnatio*, par laquelle il réclame du juge le simple paiement de la différence des dettes réciproques. Le *bonorum emptor* n'est donc pas exposé aux dangers de la *plus petitio* ; s'il agit *sine deductione* (1) le débiteur poursuivi obtiendra simplement la rectification de la formule et la *deductio* à laquelle il a droit.

A ces premières hypothèses de compensation, d'autres vinrent, sans doute, aussi se joindre rapidement parmi lesquelles celle relative aux dépenses nécessaires faites par le mari sur le fonds dotal, dépenses qui, disent les textes, diminuent la dot de plein droit (2). Mais une réforme beaucoup plus importante était commandée par les besoins chaque jour plus pressants de la pratique : c'était d'une façon générale et non dans des espèces particulières qu'il fallait auto-

(1) Seulement la *deductio* pouvait être réclamée de toute dette quelconque du failli, fût-elle non échue. V. Gaius, IV, 66, 67.

(2) Paul D, 5, 2, *De pact. dot.*, XXIII : « *Tales impensæ dotem ipso jure minuunt.* » Cf. Ihering, *Esprit du D. R.*, t. IV, 1, p. 65. V. aussi, comme remontant à une époque antérieure du rescrit de Marc-Aurèle dont nous allons parler, l'hypothèse de compensation qui s'opère contre la dette du propriétaire dont la maison s'écroule et la créance qu'il avait contre son voisin, 10, 3, « *de compensat.* »

riser la compensation. Ce progrès fut, pense-t-on, accompli par Marc Aurèle.

Il y a dol, nous disent les textes, à réclamer de son débiteur ce qu'on lui doit soi-même, ce qu'on va être obligé de lui rendre immédiatement (1) ; si donc, poursuivi par mon créancier, je prétends que j'ai de mon côté une créance contre lui, je ferai insérer dans la formule *l'exceptio doli*, et le juge devra tenir compte de mes droits (2). La créance opposée en compensation peut d'ailleurs être née d'une source indépendante de la première, *ex dispari causa* (3).

(1) V. Paul D, 173, 3 *De reg. jur.* L, 17 : « *Dolo facit qui petit quod redditurus est.* »

(2) Nous employons à dessein cette formule vague, l'étendue exacte des pouvoirs conférés au juge par *l'exceptio doli* étant chose controversée entre les interprètes. Evidemment si les deux créances sont égales, pas de difficulté : le demandeur n'obtiendra rien et son action étant déduite en justice, il ne pourra la renouveler sans se heurter à l'exception de chose jugée. De même, solution identique évidemment, si la créance invoquée par le défendeur est supérieure à celle du demandeur : le défendeur sera absous, et pourra agir contre le demandeur pour l'excédent de sa créance. Mais grave difficulté, au contraire, si la créance du demandeur reste supérieure à celle que le défendeur oppose en compensation ; l'exception de dol a-t-elle pour effet, même dans cette hypothèse, d'entraîner l'absolution du défendeur ? V. pour l'affirmative, Ortolan, III, n° 2180, 2197. Girard, *Manuel élémentaire*, p. 687. Jg. pour les développements : Appleton, *op. cit.*, p. 318, 418, qui expose les différents systèmes.

(3) V. Inst. IV, 6. *De act.* 30 : « *Sed in strictis judiciis, ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur.* »

L'avènement de la procédure extra-ordinaire eut sa répercussion sur la compensation. Désormais, le *jus* et le *judicium* sont réunis : il n'y a plus qu'un juge et qu'un procès. Ce juge statue toujours en conformité de l'équité, sans voir son appréciation étroitement limitée par les termes d'une formule. Il statue sur les exceptions comme sur la demande principale. La conséquence en est qu'il tiendra compte dans tous les cas de la compensation. Seulement, comme dorénavant la condamnation n'est plus pécuniaire, mais porte sur la chose litigieuse elle-même, la conséquence en est que, pour pouvoir être compensées, les deux créances opposées doivent être de même nature. Ainsi l'empire de la compensation, de par les nouveaux principes, se trouve tout à la fois *étendu et restreint*.

Justinien refond toute la théorie de la compensation et décide, dans une constitution dont l'interprétation a fait l'objet des plus vives controverses, que désormais les compensations réduiront, *ipso jure*, la portée des actions tant réelles que personnelles (1). Les deux dettes devront avoir même objet, la créance invoquée en com-

(1) V. Cod. *De comp.* IV, 31, Jg. Inst. IV, 6, *De act.*, § 36. Il est clair que cette assimilation des actions réelles aux actions personnelles est difficilement compréhensible à cette époque où la condamnation porte sur la chose même.

Cf. Girard, *op. cit.*, p. 689, texte et note 4. Sur les difficultés d'interprétation de la Constitution de Justinien, v. Appleton, *op. cit.*, p. 428-488.

pensation devra être liquide, c'est-à-dire certaine dans son existence et déterminée dans son quantum. La compensation ne pourra être opposée par le dépositaire ni par celui à qui on réclame une chose qu'il a enlevé par violence. Mais ce sont là des décisions plus spéciales sur lesquelles nous ne pouvons nous attarder. Il nous suffit d'avoir montré comment, peu à peu, sous l'empire des nécessités pratiques et des progrès du droit, la compensation s'est développée à Rome, comment son domaine d'application s'est successivement élargi. Nous caractériserons plus loin ce système romain en étudiant les différentes conceptions théoriques possibles de la compensation.

*
* *

La considération de notre ancien droit français nous permet de constater une évolution analogue. Longtemps repoussée, comme nous l'avons dit, soit à raison de la simplicité extrême de la procédure, soit pour motif d'ordre fiscal, la compensation s'introduit peu à peu comme aussi la reconvention, et cela, non seulement en pays de droit écrit où le droit romain exerce une influence directe et où la compensation est reçue « en toutes causes », mais même en pays de coutume. Au ^{xv}^e siècle, la compensation peut être admise par le juge comme procédé de libération pourvu qu'elle soit opposée de clair en clair, de *liquido ad liquidum*.

Parmi les coutumes rédigées, un certain nombre ne parle pas de la compensation (1), d'autres la prévoient pour la repousser formellement (2), d'autres enfin l'admettent dans certain cas, par exemple si les dettes sont liquides (3), par exemple encore si les prétentions sont dépendantes l'une de l'autre et viennent d'une même source (4). Mais là où la compensation n'était point admise par la coutume, elle devient bientôt possible sous la condition d'obtenir du roi des *lettres de chancellerie* (5).

La reconvention, plus encore, est vue défavorablement, car, outre qu'elle jette de la confusion dans le procès, elle porte atteinte à la juridiction du seigneur

(1) Si ce n'est, en dehors de la matière des obligations, en matière d'injures. V. Coutume de Bretagne, art. 629 (673 de la nouvelle coutume) : « En injures verbales y a compensation, si l'une injure est aussi grande que l'autre » ; cout. de Lille, art. 6.

(2) V. par exemple, la coutume de l'échevinage de Tournay (tit. 273, art. 1). « Ez cours layes de la dite ville, reconvention n'a lieu ni aussi compensation ».

(3) V. cout. de Paris (1580) art. 105 ; de Reims, art. 397 ; du Bourbonnais, art. 37, etc.

(4) V. Coutume de Bailleul. Rubr. 2, art. 5. Jg. coutumes notoires jugées au Châtelet, III, 120 : « reconvention n'a plus lieu en cour Laye ni compensation si ce n'est de *liquido ad liquidum*. »

(5) « Il faut, dit Ferrières (sur l'art. 103 de la coutume de Paris, n° 35), des lettres de chancellerie, par devant les juges dans les autres coutumes qui n'ont pas une semblable disposition ; et, sans lettre, elle ne serait pas recevable. »

et lui enlève partie de ses avantages pécuniaires (1). Mais les justices seigneuriales disparaissent peu à peu devant la puissance sans cesse croissante des juridictions royales, « qui prétendent être compétentes de tout. » Finalement la demande reconventionnelle est admise si elle a la même source que l'action principale, ou bien si elle constitue une défense directe contre cette action, ou bien enfin si elle tend à la compensation (2).

Ainsi, dans notre ancien droit, comme à Rome, l'empire de la compensation, son domaine d'application n'a cessé de s'accroître chaque jour davantage. Le droit moderne n'a eu pour ainsi dire qu'à consacrer des résultats acquis. Encore au cours de ce siècle la compensation a-t-elle repris sa marche progressive et c'est un merveilleux et fécond développement de cette institution que nous présentent les chambres de compensation, (*Clearing houses*) dont l'essor a été, en Angleterre, particulièrement remarquable (3). Mais c'est là le côté éco-

(1) V. Charondas (liv. III, chap. 1, sect. 2). « J'ai vu, écrit-il, une vieille pratique, la raison qui fait que reconvention n'a lieu en Cour Laye, parce qu'il ne faut frauder les justices des seigneurs, qui sont domaniales et que le demandeur doit suivre le siège du défendeur. »

(2) Cf. Tempier, « Traité des droits de Justice », ch. VIII, n° 10.

(3) La compensation, a-t-on pu dire avec raison, par le double paiement dont elle tient lieu et le double déplacement de fonds qu'elle évite, abrège et facilite singulièrement les opérations journalières du commerce, et en rendant ainsi libres et disponibles des

nomique de la question et nous ne voulons point l'aborder. C'est sur le terrain purement juridique que nous entendons nous placer afin de rechercher comment le législateur doit comprendre et organiser cette institution de la compensation.

A quelle conception théorique et rationnelle doit-il s'attacher : voilà le problème dont nous nous proposons, par l'examen comparé des divers systèmes qui se sont fait jour au cours des temps, de dégager l'exacte solution. Cette solution du reste, serait incomplète et partant insuffisante si nous nous bornions à l'exposer d'une façon vague et générale, aussi conviendra-t-il après l'avoir dégagée, de l'examiner de plus près, afin de voir exactement sa répercussion pratique, c'est-à-dire les différentes solutions de détail auxquelles cette conception générale doit conduire le législateur. En réalité, ces solutions de détail se réfèrent à deux sujets d'étude. Ce qu'il faut déterminer en effet, ce sont d'abord les *conditions* auxquelles le législateur doit subordonner l'admission de la compensation ; ce sont ensuite les *effets* qu'il doit lui reconnaître.

Notre étude se divisera ainsi naturellement en

fonds que ces paiements auraient absorbés, elle a, sur la quantité de numéraire en circulation, une profonde influence et paraît destinée à devenir de plus en plus l'un des principaux instruments de crédit. V. Lair, de la compensation, p. 13.

trois chapitres où nous parlerons successivement :

CHAP. I. — DES DIVERSES CONCEPTIONS THÉORIQUES
DE LA COMPENSATION.

CHAP. II. — DES CONDITIONS DE LA COMPENSATION.

CHAP. III. — DES EFFETS DE LA COMPENSATION.

CHAPITRE I

DES DIVERSES CONCEPTIONS THÉORIQUES DE LA COMPENSATION.

Trois systèmes différents doivent attirer successivement notre attention : le système du droit romain, celui du droit français et celui du droit allemand. Nous allons voir de profondes oppositions entre les notions consacrées par ces trois législations. La première va nous mettre en présence d'une compensation judiciaire, le droit français a consacré le principe de la compensation légale, le droit allemand a fait sienne une conception plus complexe qui se caractérise, comme on le verra, par l'importance attribuée en cette matière à l'idée de sûreté, de garantie. Chacune de ces trois conceptions théoriques de la compensation va faire l'objet d'une section spéciale.

SECTION I. — **Compensation judiciaire ou romaine.**

Telle qu'elle ressort des textes et même telle qu'on a pu la dégager des brèves explications que nous avons données au début, l'idée romaine est la suivante :

La compensation est conçue et organisée par les Romains comme un simple moyen de procédure : c'est une exception, un moyen de défense mis à la disposition du défendeur pour lutter contre la prétention du créancier qui l'attaque et lui réclame toute la dette, alors que ce créancier est lui-même son débiteur. Il y a dol de la part d'un créancier à réclamer le paiement de sa créance sans offrir de payer sa propre dette : voilà l'idée précise à laquelle le droit romain cherche à donner satisfaction.

Aussi les Romains n'ont-ils jamais songé à déclarer que si deux dettes réciproques venaient à co-exister à un moment donné, ces deux dettes, de plein droit et par le fait même, seraient éteintes ; autrement dit, les Romains n'ont jamais admis la notion d'une *compensation légale*.

Pour empêcher le dol du créancier, il n'est pas besoin en effet d'un procédé aussi radical ; il suffit d'un moyen qui paralyse non pas en lui-même le droit du créancier qui agit avec dol, mais son action au moment où il l'exerce et empêche cette action d'aboutir. L'équité ne demande rien de plus pour être satisfaite.

On peut même, ce semble, aller plus loin et penser que dépasser cette mesure serait aller directement, en cette matière, sinon contre des principes de justice absolue, du moins contre une utilité vraie, contre des intérêts respectables. — Pourquoi, en effet, et en vertu de quel droit le législateur viendrait-il opérer lui-même la compensation à l'insu des parties et contre leur gré ? Pourquoi et de

quel droit viendrait-il lui-même liquider la dette du débiteur et, sans que ce débiteur le sache et y consente, la déclarer de plein droit réglée ?

Sans doute on comprend très bien que si, me trouvant tout à la fois créancier et débiteur d'un même individu, j'agis contre lui en paiement de ma créance, cet individu soit admis à se plaindre, à qualifier mon procédé de dolosif et à faire valoir immédiatement, lui aussi, la créance qu'il a contre moi. Mais, tant que je n'agis pas et ne réclame pas ce qui m'est dû, à quoi bon l'intervention de la loi et pourquoi contraindrait-elle les parties à un paiement qui, peut-être de cette façon, se trouvera opéré à une époque absolument inopportune ? Il ne faut pas oublier, du reste, l'un des inconvénients graves de la compensation : au cas d'inégalité des deux dettes réciproques, elle aboutit en réalité à un paiement simplement partiel. Or n'est-ce pas assez que ce fait se produise au moment de la demande en justice formée par l'une des parties et le créancier n'est-il point fondé à se plaindre que le législateur lui-même vienne auparavant et à son insu, pour ainsi dire, accepter en son nom un semblable paiement ?

Ce sont là, il faut, croyons-nous, le reconnaître, des considérations d'une valeur certaine. Il faut pourtant se garder d'exagérer leur importance et d'en déduire des conséquences qui n'y sont nullement renfermées. Prises au pied de la lettre et sans restriction aucune,

elles nous conduiraient à ce que nous pourrions appeler une conception idéale, absolue de la compensation judiciaire, conception qui serait la suivante : Le fait que deux dettes réciproques co-existent, n'entraîne point leur extinction *ipso facto*, c'est au juge qu'il appartient de prononcer cette extinction ; l'admission ou le rejet de la compensation dépendent de sa détermination, c'est donc à dater de cette détermination, c'est-à-dire de la sentence prononcée par lui, que la compensation existe. En un mot, le juge ne se borne pas à déclarer qu'une compensation s'est opérée, c'est lui-même qui la prononce, et l'opère : l'extinction des deux dettes n'est produite que du jour du jugement.

Tel serait le système de la compensation judiciaire s'il fallait l'entendre d'une façon absolue. Or ce système n'est point le système exact que les Romains ont consacré. Et il ne ressort point davantage nécessairement des considérations que nous avons développées : ce qui découle en effet de ces considérations, c'est bien apparemment que le législateur se trompe s'il déclare de lui-même la compensation opérée dès le moment où les deux dettes réciproques co-existent, s'il le fait à l'insu des parties et surtout contre leur gré, mais ce qui n'en découle point et ce qu'il faut bien se garder d'en conclure, c'est que l'extinction des deux dettes dès l'époque de leur co-existence soit quelque chose d'irrationnel et d'inadmissible. Il n'y a rien d'inconciliable entre ces deux propositions : d'une part, la compensa-

tion est judiciaire; d'autre part, l'extinction des dettes se produit dès le moment où elles co-existent. Le système auquel aboutit leur admission à l'une et à l'autre est celui-ci : la compensation est judiciaire, mais une fois prononcée par le juge, ses effets rétroagissent au jour où les deux dettes ont co-existé avec les conditions voulues.

C'est là justement le système romain, et rien de plus naturel. En faisant insérer dans la formule l'exception de dol, le débiteur poursuivi appelait en effet l'attention du juge et lui demandait son appréciation sur une situation antérieure au procès soulevé. C'était au moment même de sa naissance que la créance du débiteur avait constitué un obstacle à la demande du créancier, il y avait un droit pour le débiteur à se prévaloir de la compensation à cette date. Plus tard, avec Justinien, le système reste identique et plus saisissant encore : la compensation se produit par le fait de la co-existence des deux dettes; seulement elle ne se produit qu'à la condition d'être opposée devant le juge. Ceci fait, le juge la déclare, et la condition étant accomplie à laquelle les effets de la compensation étaient subordonnés, ces effets se produisent, reportés rétroactivement au jour même où les deux créances ont co-existé.

Et l'examen détaillé des textes nous montrerait plus d'une décision que le législateur romain eût écartées s'il s'en fût tenu toujours et partout à une conception

rigoureuse de la compensation judiciaire. C'est ainsi, par exemple que le cours des intérêts est arrêté pour l'une et l'autre créance et cela, non point du jour où la compensation a été opposée ou prononcée, mais du jour où les deux créances sont devenues exigibles. C'est ainsi encore que celui-là peut répéter qui a payé par erreur une dette susceptible de compensation. Pourquoi, sinon parce que cette dette est à certains égards réputée éteinte avant même d'être opposée en justice ?

D'ailleurs, rien de plus acceptable que cet effet rétroactif de la compensation. Le créancier a contracté une dette envers son débiteur, il est naturel qu'il se paie avec les deniers qu'il a entre les mains et qu'il devrait remettre à son débiteur. Or c'est évidemment du jour où cette dette à lui deviendra exigible qu'il se paiera de sa propre créance, évitant ainsi le double déplacement de deniers et les risques d'insolvabilité de son débiteur auxquels justement la compensation a pour but d'obvier.

Ainsi, tout en admettant le principe initial de la compensation judiciaire, les Romains n'en ont point déduit toutes les conséquences rigoureusement logiques : Ils ont consacré des solutions qui paraissent beaucoup plus près et comme des conséquences d'une autre conception : de la compensation légale.

La vérité est que nous sommes ici en réalité dans une matière toute d'équité et d'utilité pratique, et que là où des considérations de cet ordre existent puissantes, le législateur a le droit et le devoir d'y donner satis-

faction et cela, sans souci des solutions contraires auxquelles le conduiraient les déductions d'une logique étroite et rigoureuse à l'excès. C'est ce que le législateur romain a fait et c'est aussi, nous allons le voir, une idée identique qui, avant tout et par delà les conceptions rationnelles, a guidé notre législateur français.

SECTION II. — Compensation légale ou française.

L'idée première à laquelle le législateur français s'est attaché se sépare très nettement de l'idée romaine. La compensation n'est plus l'œuvre du juge mais bien celle de la loi elle-même. C'est de plein droit, et par le fait même de leur co-existence, que deux dettes remplissant les conditions déterminées se trouveront éteintes soit totalement, soit jusqu'à concurrence de la plus faible. La compensation était à Rome un moyen de procédure, elle est chez nous un mode légal d'extinction des obligations.

On sait du reste comment le législateur a été amené à cette notion nouvelle de la compensation légale. « Notre constitution avait écrit Justinien admettant plus largement les compensations, a décidé qu'elles réduiraient *ipso jure* la portée des actions. . » Nos anciens jurisconsultes traduisirent ces mots *ipso jure* en ce sens que la compensation s'opèrerait désormais par le seul fait de la loi : Bien certainement cette traduction ne fut

pas unanimement acceptée. Dans les pays de droit écrit la jurisprudence, si nous en croyons les arrêstistes du temps, restait plutôt attachée à la notion de la compensation judiciaire, et même dans les pays de droit coutumier où la compensation judiciaire était admise, on considéra longtemps qu'elle n'était point légale puisque des *lettres royaux* étaient exigés pour qu'une partie puisse l'opposer en justice. Mais en pays de droit coutumier, comme en pays de droit écrit, la compensation judiciaire fut combattue par des jurisconsultes dont l'influence était considérable, Bretonnier, Cujas, Domat se prononcèrent contre elles : et de même Merlin quoique avec des réserves, Ferrières et enfin Pothier qui se réfère à l'opinion de Cujas et la fait définitivement triompher.

L'interprétation ainsi faite du droit romain et spécialement de la célèbre constitution de Justinien était pourtant inexacte : personne, croyons-nous, n'en doute aujourd'hui, car la réfutation en a été faite à maintes reprises. Aussi serait-il absolument superflu de la reprendre, notre but n'étant point d'ailleurs de faire œuvre historique, mais plutôt œuvre rationnelle et critique. Il nous suffira donc d'envisager en soi le système de la compensation légale.

La compensation s'opère de plein droit, nous dit l'article 1290, elle se produit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs. Pourquoi ce système ? L'exposé des motifs nous l'indique. C'est que ces débi-

teurs n'ont pas d'autre intérêt que celui d'être respectivement quittes l'un envers l'autre ; or la compensation judiciaire implique « un circuit de procédure long, inutile et dispendieux ». Autant vaut supprimer ce détour et déclarer que les deux dettes s'éteignent immédiatement, légalement, à l'instant même où elles coexistent.

Le système est ainsi d'une simplicité parfaite. Il nous paraît même à beaucoup d'égards ne mériter nullement les reproches qui lui ont été faits. Peut-être les mériterait-il si le législateur s'était tenu à ce que nous appelions tout-à-l'heure une conception idéale et absolue de son système : la logique pure l'eut conduit en effet à des solutions fâcheuses. Mais justement ces solutions, pour la plupart du moins, le législateur ne les a point consacrées ; en maintes circonstances où l'équité réclamait contre la logique, c'est l'équité qu'il a suivie. Ceci dit, non point pour prétendre que le système français est de tous points exact et parfait, mais pour déclarer qu'il n'est point aussi radicalement condamnable que beaucoup l'ont affirmé. Il sera, croyons-nous, facile de justifier ces affirmations.

Et d'abord, c'est un reproche banal que celui fait à la compensation d'imposer un paiement partiel au créancier dans l'hypothèse où les deux dettes sont de montant inégal. Et pourtant en quoi ce résultat est-il ici vraiment choquant ? Nous sommes nécessairement en présence de deux dettes exigibles, c'est là une condition

essentielle de toute compensation; dès lors il est bien évident qu'à supposer indispensable que l'une des parties soit intégralement désintéressée par l'autre, cette autre pourra réclamer et réclamera de suite à la première le paiement de sa propre dette, c'est-à-dire lui redemandera immédiatement une partie des fonds qu'elle vient de lui verser. Eh bien, la compensation n'aboutit point à un autre résultat, le créancier n'a donc pas à se plaindre si le débiteur entend défalquer de sa dette le montant de sa créance. Il n'a pas à s'en plaindre dans un système de compensation judiciaire où cette défalcation apparaît comme la juste punition de son dol. Il n'a pas à s'en plaindre davantage dans un système de compensation légale, à cause de l'exigibilité nécessairement existante des deux dettes.

Au surplus, et à supposer qu'une dérogation existe vraiment en ceci à la règle qui interdit au débiteur tout paiement partiel, nous ne voyons pas quelle objection véritable il en résulte contre la compensation légale. Si cela est, nous sommes tout simplement en présence de deux règles de droit justifiées l'une et l'autre, mais dont l'une, dans ce cas particulier, dans ce conflit spécial, devrait céder le pas à l'autre. Or l'intérêt économique qui s'attache à la compensation, en tant qu'elle évite un double paiement, l'utilité pour une des parties de ne point courir le risque de l'insolvabilité de l'autre, ces intérêts ont une importance plus considérable apparemment que l'intérêt du créancier à ne point rece-

voir un paiement partiel. La compensation doit l'emporter.

Mais, dit-on, tant que le créancier n'agit pas en paiement de sa créance et ne commet aucun dol, de quel droit le législateur intervient-il pour le contraindre au paiement de sa propre dette au jour même de la co-existence des deux dettes réciproques ? Pourquoi se permet-il ainsi de régler de lui-même la comptabilité des particuliers, à leur insu, contre leur gré ? — L'objection est, nous l'avons dit déjà, d'une exagération manifeste, et nous allons l'apercevoir mieux encore dans un instant. Tout d'abord, quoiqu'on dise, ce règlement des deux dettes réciproques au jour même de leur co-existence peut paraître absolument naturel. Comme nous l'avons dit, en effet, rien de plus acceptable qu'un créancier, ayant contracté une dette envers son débiteur, ce créancier se paie avec cette dette, c'est-à-dire avec les deniers qu'il devrait verser à ce débiteur, et rien de plus naturel que de supposer qu'il se paie au jour même où sa dette à lui devient exigible (sa créance l'étant par hypothèse).

Ce règlement purement légal des deux dettes ne s'impose-t-il pas d'ailleurs à raison d'une hypothèse particulière, celle de la faillite. Si, en effet, l'une des parties vient à tomber en faillite, que doit-il arriver dans un système de compensation judiciaire ? C'est que le juge, ne se bornant point dans un semblable système à déclarer la compensation mais la prononçant,

la créant pour ainsi dire, ce juge ne pourra plus admettre aucune compensation, pas plus qu'il ne pourrait admettre de paiement, la loi assimilant les deux opérations, pour les prohiber l'une ou l'autre en cas de faillite. Or, un tel résultat ne sera-t-il pas souvent contraire à l'équité ? Un préjudice considérable pourra en tout cas en découler pour le créancier du failli, car celui-ci devra d'abord payer à la faillite, l'intégralité de sa dette et n'obtiendra qu'un dividende sur le montant de sa créance. Ce résultat est heureusement écarté par un système de compensation légale où l'extinction des deux dettes se trouvant être pleinement réalisée par la loi elle-même, le juge n'a plus à prononcer la compensation, mais à déclarer qu'elle s'est opérée au jour même où les deux dettes ont co-existé.

Le législateur n'a donc point méconnu les principes en fixant à ce jour l'extinction des deux dettes réciproques. Seulement ce qui a paru discutable encore, c'est qu'il l'ait fait autrement que ne le faisait le droit romain. En droit romain, la compensation était judiciaire ; seulement une fois opposée en justice, ses effets se produisaient rétroactivement. Chez nous, le même résultat est atteint, mais directement. Le procédé n'est-il pas moins heureux ? La compensation va s'opérer à l'insu des parties et contre leur gré, n'est-ce point là un jeu singulièrement rude et brutal ?

Nous ne le croyons pas d'abord pour une première raison bien simple, c'est que la compensation ne

s'opère nullement, comme on l'a dit, d'une façon beaucoup trop absolue à l'*insu* et contre le *gré* des parties. L'affirmation est certes beaucoup trop générale. La loi, en effet, n'impose nullement aux deux parties réciproquement débitrices et créancières cette extinction de leurs obligations par voie de compensation. Ici, comme en bien d'autres matières, le législateur n'établit point une règle impérative, mais une règle purement interprétative de la volonté des parties. De même qu'il organise une dévolution légale de la succession *ab intestat*, un régime matrimonial de droit commun, il pose aussi le principe de la compensation légale des dettes réciproques ; mais il est clair qu'en agissant ainsi, le législateur n'entend nullement imposer aux parties intéressées la solution qu'il consacre. C'est en face du silence des parties qu'il se place, il suppose qu'elles n'ont point manifesté de volonté contraire, et c'est pour cette hypothèse qu'il indique ses préférences. Les parties peuvent donc écarter, si elles le veulent, ce mode particulier de règlement de leurs obligations mutuelles. Elles le peuvent sans nul doute d'une façon expresse, elles le peuvent aussi tacitement.

Et il est un exemple où apparaît jusqu'à l'évidence cette volonté tacite des parties d'exclure la compensation : c'est l'hypothèse où les deux dettes réciproques dérivent d'un même contrat. Pierre a vendu à Paul 100 mesures de blé de telle qualité ; débiteur de blé, il se trouve aussi créancier d'une somme d'argent, de

même que Pierre créancier de blé est débiteur d'argent. Les deux dettes sont réciproques, sont-elles donc compensables? Elles le seraient, comme nous le verrons, si elles étaient nées isolément, mais elles dérivent du même contrat; les déclarer éteintes, ce serait détruire le contrat lui-même que les parties ont voulu. La compensation n'aura donc pas lieu.

Ce n'est là qu'un exemple; le législateur, dans d'autres hypothèses, nous montre lui-même la compensation dépendante de la volonté des parties. Titulaire d'une créance contre Primus, je cède cette créance à un tiers, quoique je la sache éteinte par compensation étant devenu moi-même débiteur de mon débiteur. Celui-ci accepte la cession, la loi suppose qu'il renonce à se prévaloir de la compensation. Celle-ci sera non avenue (1).

Autre hypothèse : débiteur d'une dette que je sais éteinte par compensation, je paie quand même mon créancier, je le fais en connaissance de cause et celui-ci reçoit le paiement, sachant également que sa créance était éteinte par compensation. A moins de supposer l'intention de donner, laquelle ne peut se présumer, il est difficile d'interpréter le paiement dont il s'agit autrement que par une renonciation des parties à la compensation. Et telle est, en effet, la solution légale (2).

(1) V. C. civ., art. 1295 et *infra*,

(2) V. C. civ., art. 1299 et *infra*,

Ainsi le législateur a mis la compensation, et en une large mesure, pour ainsi dire, dans la main des parties. Il a ainsi tempéré ce qu'aurait eu de trop brutal, de trop automatique le jeu de la compensation, s'il avait poussé jusqu'au bout les déductions logiques de la conception rationnelle et abstraite dont il partait.

Pour lui, la compensation opère de plein droit comme un paiement ; elle n'est pas autre chose qu'un double paiement légalement effectué. Jusqu'à due concurrence, chacune des dettes est payée en monnaie de compensation, mais c'est là une idée toute générale, et le législateur se garde bien d'admettre toujours et partout cette assimilation de la compensation au paiement.

Ces deux institutions se différencient au contraire à nombre d'égards.

Elles diffèrent, par exemple, au point de vue de la capacité nécessaire aux parties. Les mineurs, les interdits, sont incapables d'effectuer un paiement par eux-mêmes, c'est à leur tuteur à y procéder. Au contraire, ni la minorité, ni l'interdiction n'empêchent la compensation, car c'est la loi elle-même qui l'opère. — La compensation diffère encore du paiement en ce qu'elle peut conduire à l'exécution simplement partielle de l'une des deux obligations en présence. Les deux dettes étant inégales s'éteignent, nous dit la loi, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. Or c'est un principe, un principe fondé du reste sur des considérations

de justice et d'utilité pratique incontestables que « le débiteur ne peut contraindre son créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible (1) ».

La différence entre nos deux institutions se retrouve encore en ce qui concerne une des modalités possibles des obligations, nous voulons parler du terme de grâce. « Les juges peuvent, nous dit l'art. 1244, al. 2, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état. » Le terme de grâce met donc obstacle à toute poursuite à fin de paiement. Au contraire il n'empêche nullement la compensation, car, si par son intervention, la dette du débiteur malheureux se trouve payée, c'est sans qu'il ait à fournir directement aucun denier, comme on dit, c'est sans bourse délier. La compensation ne fait point échec au terme de grâce qui lui a été accordé, car elle n'aggrave en rien sa situation.

Enfin, nous venons de voir certaines hypothèses où les parties peuvent renoncer à l'effet extinctif de la compensation. Or il est clair que cette renonciation au seul point de vue abstrait et logique est incompatible avec l'idée d'un paiement de droit, avec la notion de la compensation légale. C'est la loi elle-même qui, du jour de leur existence, éteint jusqu'à due concurrence les deux

(1) V. C. civ., art. 1244.

obligations réciproques ; les parties ne sauraient donc, par une volonté postérieure, renoncer à ce fait légalement accompli.

Cependant la loi admet cette renonciation sous l'empire de la nécessité pratique, tempérant ainsi, comme nous l'avons dit, la rigueur trop absolue du principe.

Et nous pourrions trouver encore plus d'une dérogation analogue aux principes purement logiques. Voici, par exemple, un débiteur principal qui a dû fournir une caution à son créancier. Cette caution devient elle-même créancière de ce créancier, le débiteur principal poursuivi pourra-t-il se prévaloir de la compensation survenue entre le créancier et la caution ? Il doit le pouvoir, ce semble, si la compensation agit de plein droit et à l'instar d'un paiement. Le débiteur principal n'a plus à payer une dette qui l'est déjà. Mais alors, le débiteur principal va pouvoir rejeter sur la caution un fardeau qui peut être très lourd : nous voulons dire l'avance de la dette que cette caution va ainsi se trouver avoir faite. La solution serait injuste ; la loi l'écarte, refusant au créancier principal le droit d'invoquer la compensation du chef de sa caution (1).

Et c'est pour un motif analogue qu'elle n'admet point davantage qu'un co-débiteur solidaire invoque la compensation du chef d'un autre co-débiteur solidaire. Ce fait qu'un co-débiteur solidaire est lui-même devenu

(1) V. *infra*, p. 102

créancier du créancier commun, ce fait-là, s'il pouvait être opposé par les autres co-débiteurs, entraînerait pour le premier cette même conséquence que nous signalions tout-à-l'heure : une obligation, pour ainsi dire, à faire l'avance de la dette, solution injuste que le législateur repousse (1).

Finalement, le système de la compensation légale, non point tel qu'il apparaîtrait en logique pure, mais tel qu'il nous apparaît dans l'organisation effective et pratique que le législateur lui a donnée, ce système n'est, donc point aussi condamnable que certains l'ont cru ; et, c'est, sans nul doute, pour avoir raisonné d'une façon purement théorique et abstraite que les auteurs se sont mépris sur sa véritable valeur. — C'est donc là qu'il faut rechercher les motifs de certaines objections très contestables des auteurs. Nous en avons déjà relaté plusieurs, en voici une autre qu'il importe également de signaler à nouveau.

Rien de plus fâcheux, a-t-on dit (2), que le système consacré par le législateur français, car il est susceptible de donner lieu à des règlements de compte singulièrement compliqués, à des rappels de fonds absolument injustes. Supposez en effet que les deux parties, déjà liées par un premier engagement viennent, à se trouver de nouveau, mais en sens inverse, créancière et

(1) V. *infra*, p. 104

(2) L'objection était encore reprise, il y a peu de mois, par M. Léon Michel, à son cours (leçon du 11 décembre 1899).

débitrice et qu'elles restent dans l'ignorance, chose évidemment possible, de ce second rapport de droit. Le débiteur primitif, ne sachant pas qu'une compensation s'est opérée à son profit, continuera, comme par le passé, à payer les intérêts de sa dette. Des mois, des années passeront ainsi, après quoi les parties découvriront l'existence du second rapport de droit. Il sera donc établi que, depuis tant d'années, des intérêts ont été payés à tort ; l'ancien débiteur en réclamera la restitution et l'ancien créancier ne pourra s'y soustraire, bien qu'en fait, les intérêts se dépensant normalement au jour le jour, ce créancier se trouve contraint de prendre sur son capital pour s'exécuter. La solution n'est-elle pas fâcheuse ou, pour mieux dire, absolument injuste ? Evidemment oui, et elle l'est tellement que, dans une hypothèse particulière, celle du remboursement des obligations amortissables, le législateur lui-même y a porté remède. C'est l'objet de l'article 70 de la loi du 24 juillet 1867 (1) aux termes duquel : « dans le cas où les sociétés ont continué à payer les intérêts ou dividendes des actions, obligations ou tous autres titres remboursables par voie de tirage au sort, elles ne peuvent répéter ces sommes lorsque le titre est présenté au remboursement. » Sortons de cette hypothèse et nous retrouvons la solution ancienne commandée par le système de la compensation légale.

(1) Texte ajouté par la loi du 1^{er} août 1893.

Une fois de plus, nous déclarons n'être pas convaincu. Nous n'apercevons pas, en effet, qu'entre le système de la compensation légale et la solution relative à la répétition des intérêts indûment payés, existe ce lien nécessaire dont on nous parle. Les deux questions sont pour nous, tout au contraire, absolument distinctes, si distinctes que, tout en nous plaçant sur le terrain du système français, nous refusons d'admettre la répétition des intérêts payés après la date de la co-existence des deux dettes en présence. Cette solution n'est pas acceptable, disons nous, pour la raison toute simple qu'il s'agit d'intérêts dont la destination normale est d'être dépensés au jour le jour et non d'être capitalisés. Le créancier était de bonne foi ; comme tous autres fruits, il fait siens les intérêts, et le débiteur ne saurait lui en demander compte. Il faut, dit-on, faire table rase de ce qui s'est passé depuis le jour où la compensation a eu lieu, on oublie qu'il est un élément de fait ineffaçable : la non exécution de sa propre obligation par celui qui a continué à payer les intérêts. C'est le cas de la société commerciale : elle n'a pas cessé de payer les intérêts, malgré le tirage au sort de l'obligation, soit ; mais, elle n'a pas non plus remboursé le capital de cette obligation. La prétention injuste n'est pas celle du créancier qui entend garder d'une façon définitive les intérêts qu'il a reçus, c'est celle du débiteur qui entend se faire restituer les intérêts d'un capital dont il a eu la jouissance. C'est ce qu'a décidé la loi de 1893 en réformant

une jurisprudence contraire, mais, pour nous, cette jurisprudence était erronée et, n'était la nécessité de la rectifier, puisqu'elle ne se rectifiait pas elle-même, nous dirions que la loi de 1893 était inutile (1).

Encore une fois, la critique ne porte pas contre le système de la compensation légale. — Est-ce donc que ce système mérite, à tous égards, une pleine et entière approbation ? Certainement non. Le caractère légal de la compensation entraîne, en effet, presque nécessairement un corollaire, une exigence regrettable, nous voulons dire la condition de liquidité. La compensation n'étant pas autre chose qu'un double paiement fictif opéré par la loi elle-même, impossible, ce semble, qu'un pareil paiement s'effectue si les deux dettes réciproques ne sont point liquides, c'est-à-dire ne sont point certaines dans leur existence, déterminées dans leur quotité. Il y a là un obstacle insurmontable apparemment à tout règlement des deux dettes. Et pourtant à quoi tient cette non liquidité de l'une ou de l'autre des créances ? A une circonstance de pur fait et tout accidentelle. Ce sera effet de pur hasard que la dette ne soit pas liquide et que la compensation ne se produise point au jour de la co-existence des deux dettes. Or qu'importe, en raison, que la quotité précise de la dette, que son existence même soit contestée par l'une des

(1) Voy. pour la critique de la jurisprudence antérieure à la loi de 1893 : Lyon-Caen et Renault ; « *Traité de Droit commercial*, 5^e édit., t. II, pp. 501, 502, note 1.

parties, si l'autre vient à établir plus tard ou sur le champ cette existence et cette quotité. Pourquoi, ces preuves étant fournies, ne serait-ce pas encore du jour même où les deux dettes auront co-existé que l'extinction jusqu'à due concurrence s'en sera opérée ?

Tel n'est point cependant notre système légal. Réduit, au cas de non-liquidité, à la ressource de la compensation judiciaire, le débiteur qui opposera cette compensation n'en verra dater les effets que du jour de la sentence du juge. Que son adversaire soit déclaré en faillite et toute compensation, nous le savons, devient impossible. La liquidité est sans effet qui survient après le jugement déclaratif. Le débiteur du failli devra payer sa dette en totalité et il ne recevra dans la faillite qu'un dividende pour sa créance, résultat contraire, sinon toujours à la volonté clairement exprimée des parties, du moins à leurs prévisions les plus matérielles et les plus légitimes.

Sans nul doute, l'exigence d'une liquidité immédiate comme condition *sine qua non* de la compensation, cette exigence est chose fâcheuse et regrettable. Et c'est ce qui nous explique les tendances libérales de la jurisprudence sur ce point. Nous retrouverons plus loin ce sujet en parlant des conditions de la compensation ; nous verrons alors dans quelle large mesure la jurisprudence est arrivée à écarter les inconvénients que nous signalons ; par exemple en assimilant aux dettes liquides, les dettes facilement liquidables, ou encore en

faisant prévaloir sur les solutions consacrées par le législateur la volonté contraire des parties. Dans maintes hypothèses où la liquidité n'existait pas en réalité, la jurisprudence a admis la compensation, non pas une compensation judiciaire datant du jour de la liquidation véritable et de la sentence, mais une compensation légale au jour même de la co-existence des deux dettes.

Ces solutions de jurisprudence sont-elles bien l'interprétation absolument exacte de la pensée du législateur ?

Beaucoup en ont douté, mais bien à tort, selon nous. A notre avis, en effet, ce n'est point seulement prises en elles-mêmes et envisagées à un point de vue abstrait et législatif que ces solutions sont désirables et bonnes, mais c'est aussi sur le terrain de l'interprétation des textes légaux. Et c'est pourquoi finalement le système français qui d'ailleurs, en outre de la compensation légale, reconnaît pour le cas où les deux dettes n'ont pas même objet la compensation judiciaire et, d'une façon plus générale encore la compensation facultative, c'est pourquoi le système français ne nous paraît nullement mériter toutes les critiques qui lui ont été adressées. C'est d'ailleurs ce qui apparaîtra clairement par la suite, au fur et à mesure que nous examinerons les différentes questions de détail que soulève le problème de la compensation et les solutions que le législateur a consacrées. Mais avant de poursuivre cet exposé de notre législation

française et pour préparer l'étude comparative que nous nous proposons, il nous faut jeter un coup d'œil sur le système plus abstrait et plus complexe du droit allemand.

SECTION III. — **Compensation allemande.**

« Si deux personnes se doivent réciproquement des prestations dont l'objet est de même nature, nous dit l'art. 387 du Code Civil Allemand, chaque partie peut compenser sa créance avec celle de l'autre aussitôt qu'elle peut exiger la prestation qui lui revient et exécuter celle qui lui incombe. »

Et l'art. 388, ajoute « la compensation s'opère par une déclaration adressée à l'autre partie... » C'est ici la caractéristique particulière du système allemand qui se détache ainsi très nettement des conceptions sur lesquelles nous avons jusqu'ici fait porter notre examen.

En droit allemand, en effet, la compensation n'est point légale, elle ne s'opère point à l'insu des parties puisqu'il faut, pour qu'elle ait lieu, la déclaration d'une partie à l'autre. Cette déclaration étant simplement unilatérale et imposant la compensation à la partie à laquelle on l'a faite : la compensation n'est donc point davantage conventionnelle. On ne peut dire enfin qu'elle soit judiciaire, car la déclaration qui donne ouverture à la compensation n'intervient point nécessairement devant le juge ; elle peut cependant être judiciaire.

Ainsi, la compensation allemande nous apparaît avec une physionomie bien particulière. Comment les juristes et le nouveau législateur sont-ils arrivés à ce système ? Quelles notions générales sont à sa base ? c'est là ce qu'il est intéressant de rechercher.

Pour avoir en Allemagne des partisans, la conception française de la compensation légale n'a pas été en général acceptée. On n'a point admis que ce fût de cette façon qu'il faille interpréter les expressions *ipso jure* de la célèbre constitution de Justinien (1).

L'opinion qui prévaut est plutôt que la compensation ne s'opérerait point tant que le débiteur ne l'invoquait pas, seulement on accepte qu'elle devait, une fois opposée, être réputée s'être opérée rétroactivement au jour de la co-existence des deux dettes.

D'ailleurs législativement, que la compensation

(1) V. cependant ce que nous dit Windscheid, *Pandectes* II, § 349, note 3 : « Le plus récent écrivain sur la compensation, Asher, est revenu à l'ancienne opinion, à l'ancienne compréhension de l'*ipso jure*, c'est-à-dire que la compensation agit *ipso jure*. Cette action de l'*ipso jure* aurait été aussi confirmée par Justinien contre une pratique opposée, mais sans que lui-même s'en rendit bien compte. » Seulement Windscheid ajoute « qu'on a cherché à concilier cette opinion avec le principe que le débiteur conserve son droit de poursuite quand il ne veut pas compenser, on a alors admis que la compensation ne survenait que lorsque le débiteur s'en prévalait, mais quand il s'en prévalait, les deux droits de poursuite opposés étaient considérés comme s'étant détruits *ipso jure* depuis le moment de leur co-existence. »

Et c'est là, dit Windscheid, l'opinion dominante.

puisse être légale, c'est-à-dire qu'elle s'opère à l'insu des parties, qu'une partie puisse obliger une autre à la subir, c'est ce que les auteurs allemands et Windscheid en particulier se refusent à admettre, et pour cette raison que la compensation s'analyse finalement en un paiement partiel; or on n'impose point un paiement partiel, cela est contraire aux principes et à l'utilité générale. Que les parties puissent organiser de cette façon le règlement de leurs dettes réciproques, cela est certain; les conventions sont libres, la compensation peut-être conventionnelle, mais à côté de cette compensation conventionnelle, une compensation s'opérant légalement n'est pas acceptable. Voilà le raisonnement général des auteurs allemands.

Evidemment il est fort sujet à caution et nous avons vu déjà qu'en réalité cette objection tirée contre la compensation de ce qu'elle entraîne un paiement partiel n'est nullement déterminante. Elle n'en est pas moins à la base de tous les raisonnements, et c'est peut-être elle qui, pour une large part, a contribué à faire naître la théorie nouvelle que Brinz a si ingénieusement développée (1).

La compensation, pour lui, n'est rien moins qu'un mode d'extinction des obligations et elle n'était rien moins que cela dès l'époque romaine. Si, en effet, la compensation avait opéré extinction des deux dettes, comment eut-on admis que le paiement effectué par

(1) Cf. Brinz, *Pandectes*, t. II, § 287.

l'une des parties et accepté par l'autre serait pleinement valable. Comment eut-on admis que si, lors de la poursuite en justice par une partie, l'autre n'invoquait pas sa propre créance, cette créance continuerait d'exister dans l'avenir ? Ces solutions sont évidemment contraires à toute idée d'extinction des obligations. La vérité est que le fait de la co-existence de deux créances réciproques n'entraîne nullement leur destruction, elles survivent au contraire, seulement l'une est paralysée par l'autre. Aussi, que cette autre vienne à disparaître, par exemple par un paiement, et la première reprend toute sa puissance ; débarrassée en quelque sorte, comme on l'a dit, de la pression que l'autre exerçait sur elle. Telle était la conception vraie des jurisconsultes romains (1), et telle est la solution qui rationnellement doit prévaloir.

Qu'est-ce donc, en réalité et si l'on va au fond des choses que la compensation ? Avant tout, c'est le droit, pour le débiteur poursuivi, de ne point payer sa dette tant que subsiste sa propre créance. La compensation implique donc en réalité que les deux créances ne

(1) Cf. Brinz, *op. et loc. cit.*, qui observe en outre que nous ne trouvons pas la compensation là où elle devrait être dans les textes, si elle était un mode d'extinction des obligations ; c'est en vain qu'on la chercherait aux titres *de solutionibus et liberationibus*, on ne la trouve qu'indiquée comme un moyen de défense à la fin des actions après certaines exceptions, par exemple *l'exceptio non numeratæ pecuniæ*.

s'éteignent point par le fait de leur coexistence, elles subsistent au contraire, se paralysent mutuellement, chacune constituant la garantie de l'autre. Et voilà bien en effet l'idée fondamentale de Brinz, celle qui est à la base de la compensation allemande : l'idée de garantie. Chaque partie étant, en effet, créancière de l'autre a en main un gage véritable, les deniers qu'elle doit et dont elle va refuser le paiement tant que l'autre partie ne s'exécutera pas. En un mot, la compensation allemande s'analyse dans un droit de rétention véritable, droit de rétention analogue, par exemple, à celui du vendeur qui refuse la livraison de la chose par lui vendue, tant que l'acheteur ne lui a pas fait paiement du prix.

Cette conception de la compensation fondée sur un droit de rétention, n'est point d'ailleurs chose nouvelle.

« Au moyen âge, a écrit M. Thaller (1), les statuts des Républiques italiennes avaient, dès le xvi^e siècle, imprimé au droit de rétention une marche progressive et abouti à ce résultat, à l'égard des commerçants tout au moins, d'une fusion de deux dettes se neutralisant à due concurrence. La faculté pour un négociant de retenir ce qu'il devait à un autre jusqu'à ce que celui-ci s'acquittât envers lui d'une dette même distincte, ce

(1) V. Thaller. « Les faillites en droit comparé », t. II, § 128.

droit reproduit par l'article 313 du code allemand de 1860, marque nettement la solidarité unissant les dettes croisées des marchands, aux yeux des tribunaux de l'Italie d'il y a 300 ans ».

« Ces mêmes tribunaux ne discernant pas, ou ne voulant pas discerner la ligne séparant ici la défense de l'attaque et la rétention de l'application des valeurs retenues, en étaient venus à octroyer au rétenteur le droit de liquider la chose possédée, et de se payer sur le montant par préférence. La chose possédée consistant dans une dette d'argent, on en arriva logiquement à autoriser le défendeur à s'attribuer par préférence sa propre obligation en règlement de sa créance. »

« Ainsi s'explique ce droit de rétention et de compensation présenté comme indivisible dans les statuts de Gênes de 1589 ».

Le droit allemand moderne s'inspire de la même idée : la compensation y consiste, encore et avant tout, dans un droit de rétention mais dans un droit de rétention d'une puissance particulière. Car le droit de rétention dans sa forme ordinaire n'est qu'un moyen de parvenir à l'exécution d'une obligation. C'est momentanément que le débiteur poursuivi refuse de s'exécuter afin de contraindre le créancier poursuivant à lui faire raison de ce qu'il lui doit (1). Or, il

(1) Windscheid, *Pandectes*, t. II, § 351 : « Le droit de rétention ne permet pas d'écarter une prétention de l'adversaire, mais de forcer celui-ci à accomplir sa prestation. Il consiste dans le droit

est manifeste que la compensation va plus loin. Non seulement le débiteur poursuivi refusera tout paiement à raison de la contre-créance dont il est titulaire, mais de sa propre volonté, il réalisera son droit à lui, il se paiera de ce qu'il lui est dû, ce qui amènera libération réciproque des deux parties jusqu'à due concurrence.

Ce n'est pas sans raison qu'on a pu ici faire intervenir l'idée de saisie-arrêt ; en réalité, le débiteur créancier qui invoque la compensation ne fait pas autre chose que de saisir-arrêter sur lui-même les deniers dont il est débiteur pour se les attribuer en paiement de sa créance. Cette saisie-arrêt l'empêche de payer sa dette, elle lui solde sa créance.

Mais, dira-t-on, comment justifier en fait cette conception juridique abstraite ; sur quelle base pratique la fonder ? C'est ici que va nous apparaître le point faible du système. Pour qu'il soit, en effet pleinement acceptable, une condition s'impose, nécessaire : c'est qu'en fait, dans la réalité, le débiteur en contractant avec son créancier, ait pris en considération sa propre dette, qu'il ait envisagé cette dette comme sa garantie, que ce soit à raison de cette garantie et comptant sur elle qu'il se soit engagé, sachant que, grâce à sa propre dette,

de conserver une prestation à laquelle on s'est obligé soi-même jusqu'à ce que le réclamant ait donné satisfaction à la prétention qu'on élève contre lui. »

il obtiendrait sans nul doute son paiement. Si les prévisions du débiteur sont telles, le système se tient parfaitement, il est pleinement justifié, car il serait contraire à l'équité de priver le débiteur de cette sûreté, à raison et sur l'espérance de laquelle il a contracté.

Mais est-on sûr, est-il permis d'affirmer qu'il en sera toujours ainsi. Est-ce que vraiment cette notion d'une constitution de gage tacite se retrouve dans toute hypothèse ? Il est impossible de l'admettre. La présomption peut être vraie toutes les fois que le créancier est devenu débiteur volontairement, mais elle cesse d'être exacte évidemment si la dette du créancier a pour cause un fait non intentionnel, un quasi-délit, par exemple ; il faut bien reconnaître qu'en de semblables hypothèses, le système allemand, fléchit et il est un cas où nous saisirons sur le vif tout l'inconvénient d'un système aussi absolu, c'est l'hypothèse de la faillite. Malgré la faillite de l'une des parties, décide le législateur allemand, la compensation se produira, et elle se produira dans toutes hypothèses. Or nous verrons que là n'est point la vérité juridique ; nous verrons que, pleinement légitime pour le cas de dettes connexes dérivant d'une même cause, la compensation reste au contraire injustifiée en présence de la faillite de l'une des parties si cette connexité n'existe pas. Alors c'est à la loi d'égalité entre créanciers à reprendre son empire : le débiteur du failli doit payer à la masse la tota-

lité de sa dette et rester pour sa créance, soumis à la loi du dividende. En décidant que toujours, c'est-à-dire même dans l'hypothèse de deux dettes nées de causes absolument différentes, la compensation se produira, le législateur allemand fait œuvre excessive et à laquelle il est impossible de trouver un fondement juridique satisfaisant.

Quelles considérations ont donc pu décider le législateur à donner à la compensation un empire aussi absolu ? Ce ne peut-être que la considération de l'intérêt économique puissant qui s'attache à cette compensation. Mais n'est-ce pas aussi d'un intérêt considérable que de maintenir l'égalité entre les créanciers d'un failli ? Que cette égalité doive s'effacer là où de justes causes l'exigent, soit, mais le tout est de savoir si, parmi ces justes causes, l'utilité pratique de la compensation est assez considérable pour venir prendre rang. Or nous ne le pensons pas. Comme, d'autre part, une solution aussi absolue n'était nullement d'une façon nécessaire dans la logique du système, le législateur à tous égards devait l'écarter. Au surplus, ce n'est point tant la logique que l'équité, nous le savons, qui doit en cette matière dicter les règles légales. Et justement c'est à l'équité que porte atteinte cette admission large à l'excès de la compensation.

Nous pourrions, du reste, indiquer immédiatement d'autres solutions où les mêmes observations seraient

applicables. Comment justifier, par exemple, cette solution du droit allemand qui interdit à la caution d'invoquer la compensation du chef du débiteur principal. Cette fois sans doute, la solution est logique car la compensation dépendant d'une déclaration de volonté de l'une des parties à l'autre, suppose l'intervention de la volonté même de l'un des engagés principaux. Mais pour être logique, la solution n'en est pas moins d'une injustice manifeste. Car la caution n'est qu'un engagé accessoire et conditionnel et c'est méconnaître son caractère vrai que de ne pas lui permettre de se dégager aussi facilement que le débiteur principal de l'obligation qui pèse sur elle.

Mais ce sont là autant de points sur lesquels nous aurons à revenir. Nous ne voulions dès le début que les indiquer sommairement afin de montrer que le système plus moderne du droit allemand appelle lui aussi des réserves. On comprendra du reste qu'il serait absolument superflu de faire immédiatement la balance des avantages et des inconvénients des divers systèmes que nous venons d'exposer. C'est affaire de conclusion et non de préambule. Il faut auparavant entrer plus avant dans le détail de ces différentes conceptions, rechercher, sur chaque question spéciale, la solution à laquelle chacune aboutit. Comme nous l'avons dit, deux sujets d'étude s'imposent à notre attention : la recherche des conditions et celle des effets de la compensation. Rien de mieux pour déterminer

ces conditions et ces effets, au point de vue rationnel et législatif, que de suivre pas à pas les solutions consacrées par notre législateur français et d'en examiner la valeur à la lumière des principes théoriques que nous venons d'exposer.

CHAPITRE II

DES CONDITIONS DE LA COMPENSATION

L'article 1291 du Code civil est ainsi conçu : « La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, et qui sont également liquides et exigibles. » Aussi la compensation est subordonnée à la réunion de trois premières conditions : La fongibilité des objets dus réciproquement, l'exigibilité et la liquidité des deux dettes. Mais ce ne sont point là les seules conditions nécessaires, il en est d'autres que nous trouvons indiquées par les textes subséquents et que nous pouvons résumer dans les deux formules suivantes : 1° il faut que les deux dettes à compenser soient des dettes principales et personnelles aux parties entre lesquelles se pose la question de compensation ; 2° il faut que le législateur n'ait point expressément prohibé la compensation ; et il est en effet, certaines hypothèses où le législateur veut que la réclamation du créancier demandeur réussisse sans que le défendeur puisse s'y opposer en invoquant une compensation ; c'est le cas,

par exemple, si le demandeur réclame la restitution d'une chose dont il a été injustement dépouillé : le spoliateur ne peut, en opposant la compensation, éluder la condamnation et la restitution. L'article 1293 indique encore d'autres hypothèses que nous retrouverons. En somme ces deux nouvelles conditions que nous signalons pourraient se ramener à une seule plus générale : l'existence chez la partie poursuivie, titulaire d'une contre-créance, du pouvoir de compenser, mais il est évidemment inutile de les réunir pour avoir à les séparer ensuite à nouveau.

Finalement donc nos développements doivent porter sur cinq points. Chacun d'eux fera l'objet d'une section spéciale et nous étudierons ainsi successivement :

1° La fongibilité entre les objets des deux dettes à compenser.

2° L'exigibilité de ces deux dettes.

3° Leur liquidité.

4° Leur caractère personnel aux parties et principal.

5° Enfin, les hypothèses exceptionnelles où, malgré la réunion des conditions légales, le législateur n'admet pas la compensation.

Nous verrons, sur chacun de ces points, les solutions consacrées par notre droit, et nous rechercherons avec leur bien ou leur mal fondé jusqu'à quel point, bien que parti d'une conception différente de la nôtre, le droit allemand les a fait siennes. L'étude comparative

des deux législations nous fournira matière à plus d'une observation intéressante.

SECTION I. — **Fongibilité entre les objets des deux dettes réciproques.**

Pour que la compensation soit possible, avons-nous dit, il faut, en premier lieu, que les deux dettes aient pour objet, une somme d'argent ou certaine quantité de choses fongibles de la même espèce. Rien de plus naturel. Malgré les différences réelles qui séparent les deux institutions, la compensation s'analyse finalement, nous l'avons dit, en un double paiement fictif opéré nécessairement entre les parties. Il faut donc, de toute nécessité, que les deux paiements soient possibles ; il faut que ni l'un ni l'autre des créanciers ne soit en droit de le refuser. Or, pour qu'il en soit ainsi, il faut que la chose payée à chaque créancier, soit bien exactement celle qui lui est due. Créancier de dix moutons, je ne saurais être contraint d'accepter un bœuf en paiement ; or ce qui est irréalisable par un paiement direct, ne peut être davantage réalisé par un paiement fictif. Ces deux situations sont, sur ce point, identiques et appellent la même solution (1).

(1) Cf. Merlin, *Repert. de jurispr.* V. compensation, p. 639 : « Il faut qu'il s'agisse de part et d'autre de choses fongibles de même nature ; ainsi, dans l'étroite règle, du blé ou tout autre espèce de

La solution est tellement dans la nature des choses que le droit allemand lui-même, bien qu'il repose en cette matière, sur des idées différentes des nôtres, a consacré une règle identique. Il admet la compensation : « Si deux personnes se doivent réciproquement des prestations dont l'objet est de même nature ». C. civ. art. 387. C'est aussi ce que Brinz indique très bien : « Pour qu'il y ait compensation, il faut que la créance et la contre-créance aient des objets de même nature, tellement de même nature qu'on puisse compter avec eux comme avec de simples nombres. Alors seulement on peut parler de compensation, alors seulement on peut admettre la fiction qui consiste à considérer chacune des parties comme s'étant payée elle-même avec ce qu'elle doit à l'autre et en renonçant de poursuivre cette autre. Mais une pareille identité n'est possible qu'entre créances de quantités : de plus, pour qu'il y ait compensation, il ne suffit pas que les dettes aient des objets de même nature, il faut qu'elles soient déterminées, *certa pecunia* (1) ».

En réalité, il faut donc, pour que la compensation grain ne peut se compenser avec du vin si ce n'est volontairement et du consentement des parties, quand l'estimation s'en fait réciproquement. La raison en est que la compensation étant une espèce de paiement et en tenant véritablement lieu on ne peut forcer son créancier à accepter autre chose en paiement que ce qui lui est véritablement dû, à moins qu'il n'y consente. » V. Pothier, *Obligations*, n° 626.

(1) Cf. Brinz, *Pandectes*, t. II, § 287.

puisse s'opérer, que les parties se doivent réciproquement des quantités, c'est-à-dire des choses déterminées non pas dans leur individualité, mais par le genre d'êtres auquel elles appartiennent, et il faut que ces quantités portent sur des choses fongibles, c'est-à-dire sur des choses susceptibles de se substituer l'une à l'autre.

On sait, du reste, en quoi consiste la fongibilité et d'où elle dérive. Elle ne tient pas à la nature même de la chose due, à son caractère consommptible ou non consommptible *primo usu* ; Elle vient de la volonté même des parties. Aussi toutes les solutions que l'on peut fournir à titre d'exemple sur cette matière sont-elles toujours subordonnées à cette condition que les parties n'aient point manifesté une volonté contraire. Sans doute, par exemple, deux dettes d'argent sont au premier chef des dettes compensables et pourtant si une des parties avait promis à l'autre telles et telles pièces de monnaie envisagées individuellement, il est bien certain qu'alors toute compensation serait impossible.

A l'inverse, ce n'est point nécessairement parce qu'on aura promis un corps certain que la compensation sera prohibée, car il peut se faire que le corps certain stipulé n'ait point été envisagé par les parties comme une individualité absolument et irrévocablement déterminée, mais plutôt comme une unité d'un genre susceptible d'être remplacé par une autre unité du même genre : par exemple, j'ai promis de vous fournir un

cheval de tel âge et de tel race sans spécifier que ce serait tel cheval déterminé.

Il va de soi, du reste, qu'il s'agit ici de choses fongibles non pas chacune séparément, mais l'une par rapport à l'autre. Ainsi, par exemple, une pièce de vin de Bordeaux de telle année qui formerait l'objet d'un prêt de consommation, constituerait bien une chose fongible : cependant elle ne pourrait être compensée avec une autre pièce de vin de Bordeaux, d'une autre année également fongible isolément envisagée, parce que ces deux pièces de vin de qualité différente, ne sont pas fongibles entre-elles. C'est là probablement l'idée que le législateur a voulu rendre en disant, dans l'art. 1299 que les choses fongibles doivent être de la *même espèce* (1).

Ainsi : que les deux choses dues, soient des quantités de choses fongibles entre elles, telle est la règle. Mais cette règle le législateur s'est bien gardé de la considérer comme rigoureusement indispensable et, très justement, il a vu qu'il y avait des hypothèses où, en dépit de l'absence des conditions qu'il venait de poser, il convenait d'admettre quand même la compensation, sous peine de

(3) Cf. Aubry et Rau, § 326, t. IV, p. 226, note 1. Marcadé, sur les art. 1291 et 1292, n° 1 ; Larombière, t. III, art. 1291, n° 10 ; Desjardins, *op. cit.*, n° 112. Colmet de Santerre, t. V, n° 242 bis, II : « La fongibilité est une qualité relative, elle consiste dans la possibilité qu'ont deux choses de se substituer l'une à l'autre, et par conséquent elle n'existe qu'entre choses appartenant à la même classe d'êtres, entre quantités de même nature. »

limiter trop étroitement son domaine d'application. Ces hypothèses, ce sont celles de « prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales. » Elles peuvent, nous dit l'art. 1291 alinéa 2, se compenser avec des sommes liquides et exigibles : et quoi de plus naturel en effet ? étant donné le prix des grains ou des denrées sur le marché public, écrit très bien M. Colmet de Santerre, il est si facile de traduire soit en argent la dette de grains ou de denrées soit en grains ou denrées la dette d'argent que l'obstacle qui s'oppose à la compensation de deux dettes de quantités de natures différentes n'existe plus. Comme aussi il devient impossible d'invoquer l'intérêt des parties de ne pas recevoir autre chose que ce qui leur est dû, car il leur est absolument facile de faire de l'argent avec la denrée ou de se procurer la denrée avec l'argent. Voilà pourquoi la loi, qui tend à l'extinction des dettes, n'a pas tenu strictement à sa règle et a permis la compensation (1).

Telle est bien en effet, la véritable pensée du législa-

(1) V. Colmet de Santerre, t. V, p. 440, n° 242 bis, XII. Bien entendu en disant que, dans ces hypothèses, les prestations *peuvent se compenser*, le législateur n'entend point dire que les parties aient la faculté d'opposer ou non la compensation. La compensation ne devient pas, dans ce cas, facultative ; la loi marque, par ces expressions, une exception à la règle qu'elle a posée précédemment. V. Aubry et Rau ; t. IV, p. 226, note 3. Cette exception était déjà admise dans notre ancien droit par certains auteurs. Pothier cependant la repoussait. V. *Obligat.* p. 626.

teur et elle suffit, croyons-nous, à trancher l'une des difficultés qui sont nées sur ce point entre les interprètes. Celle de savoir si, par le mot *prestations* qu'emploie l'art. 1291, il faut nécessairement entendre des redevances annuelles. Quelques-uns l'ont pensé : l'art. 1291 s'explique très bien, ont-ils dit, dans le cas de redevance annuelle ; car alors ce que désire le créancier c'est bien moins d'obtenir des livraisons en nature que de s'assurer un revenu pécuniaire dont la progression suivra le prix des denrées. Au contraire, un semblable motif ne peut être prêté au créancier d'une obligation unique, consistant dans la livraison d'une certaine quantité de denrées. Le motif du texte manque dans un cas semblable, il faut donc l'écartier (1).

L'argumentation nous paraît peu convaincante. Qu'il y ait dans l'hypothèse de redevances périodiques, un motif de plus de laisser libre jeu à la compensation, nous en convenons volontiers, mais cette nouvelle considération n'est point la seule qu'il faille mettre à la base de la disposition de l'art. 1291. Il en est une autre suffisamment puissante quoique plus générale, c'est celle que nous indiquions tout à l'heure et que nous tirions de la facilité qu'il y a pour le créancier dans ces hypothèses à convertir les denrées en argent et réciproque-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 226, note 3, Cpr. Larombière, t. III, art. 1291, n° 11.

ment. Cette facilité est si grande qu'on peut dire, en réalité, que les créances sont de même nature. Or cette raison conserve toute sa valeur même s'il ne s'agit point de redevances annuelles. Le mot prestations doit donc s'entendre ici non dans le sens restreint qu'on veut lui donner, mais dans le sens général d'« objet de l'obligation (1) ».

Mais, s'il convient de ne point restreindre arbitrairement la portée de la disposition légale que nous étudions (2), il faut se garder tout autant de l'étendre au

(1) V. en ce sens Duranton, t. XII, p. 390; Marcadé sur les art. 1291 et 1292, n° 2; Desjardins *op. cit.*, n° 113, Merlin (*Repert.* V. compensation pp. 636 et 637), qui emploie des expressions absolument générales : « Ainsi, dit-il, une certaine quantité de grains ou d'autres denrées, qui ont une évaluation fixe, peut être compensée sans difficulté avec une somme claire et liquide. » Même généralité de termes quand il rappelle le sentiment de Brodeau qui observe à ce sujet, dit-il, que la dette en grains est certaine et liquide.

(2) C'est encore, à notre avis, une restriction injustifiée à la portée du texte qu'ont admise certains auteurs, lorsqu'ils ont voulu écarter la compensation dans le cas où la prestation aurait son origine dans un jugement de condamnation à une restitution, de fruits, ordonnant que cette restitution serait faite en nature. Il en est ainsi, comme on sait, aux termes de l'art. 129 du C. de pr., pour les fruits de la dernière année. La compensation de ces restitutions en nature avec une dette d'argent serait impossible. C'est là, disons-nous, une solution injustifiée. L'art. 129, en effet, s'occupe du paiement réel et nullement des autres modes d'extinction des obligations. En particulier la compensation reste en dehors de sa disposition. L'art. 129 ne peut donc être interprété comme déro-

delà de l'hypothèse exacte prévue par la loi. Or c'est là ce qu'ont fait, ce nous semble, certains auteurs, lorsque, raisonnant par analogie, ils ont déclaré que les prestations en grains pouvaient se compenser non seulement comme le dit l'art 1291 avec des dettes d'argent, mais encore avec d'autres prestations en grains ou denrées dont le prix serait fixé par les mercuriales. Le législateur a considéré, suivant eux, la dette de grains ou de denrées comme une dette d'argent liquide pouvant se compenser avec d'autres dettes d'argent également liquides : Or, cela étant, pourquoi ces dettes de grains ou de denrées, ne pourraient-elles pas se compenser entre elles ? Deux quantités égales à une troisième sont égales entre elles ; de même deux prestations compensables avec une troisième sont compensables entre elles (1).

C'est, à notre avis, méconnaître absolument les principes élémentaires de l'interprétation juridique. Nous sommes ici, en effet, dans une hypothèse certainement exceptionnelle puisque la loi y déroge à une règle générale qu'elle vient de poser : l'interprétation restrictive

geant aux règles qui la régissent. La vérité est qu'il doit se combiner avec elles. Si donc la condamnation porte sur ces denrées dont le prix est fixé par les mercuriales, rien n'empêche la compensation de se produire. L'art. 1291, al. 2, reste absolument le seul qui régisse la situation.

(1) Cf. Marcadé, sur les art. 1291 et 1292, n° 2 ; Desjardins, *op. cit.*, n° 113.

est donc de rigueur. Or, le législateur ne dit nullement que les dettes de denrées soient pour lui l'équivalent absolu de dettes d'argent liquide ; mais simplement qu'une dette de denrées se compensera avec une dette d'argent ; c'est chose toute différente et nous n'avons pas le droit d'ajouter à la décision légale, même en vertu d'un raisonnement d'ordre mathématique qui n'a manifestement rien de probant.

Où voit-on, d'ailleurs, l'analogie des deux situations ? Dans le cas prévu expressément par la loi, c'est une seule des parties, le créancier de denrées, qui, pour obtenir la chose même à laquelle il avait droit, devrait exécuter un certain fait, prendre la peine d'acheter la denrée qu'il devait normalement recevoir, ce qui peut être pour lui une source de difficultés et de frais. Or, dans l'hypothèse nouvelle que nous envisageons, ce n'est plus d'un seul côté, mais des deux, que ces difficultés et ces frais se produiront, les prestations ayant été toutes deux transformées en dettes d'argent. « Le créancier d'une quantité de blé, débiteur d'une quantité de foin, qui voudrait avoir en nature le blé dont il a besoin devrait convertir son foin en argent et ensuite son argent en blé par une double opération entraînant double peine et double dépense. » (1).

Sur le terrain de l'explication des textes, nous nous refusons donc à admettre la compensation dans cette

(1) V. Colmet de Santerre, t. V, p. 442, n° 242 bis, XV.

hypothèse de deux prestations en denrées, nous en limitons l'application à l'hypothèse prévue par le texte : celle d'une prestation en denrées ou grains et d'une dette réciproque d'argent (1).

Nous avouons même que, sur ce point, critiquer la solution légale et désirer sa modification nous paraît difficile. Sans doute, nous aboutissons à reconnaître à la compensation un champ d'application plus étroit, mais cette rigueur est-elle donc blâmable ? Jusqu'à quel point, en effet, convient-il d'élargir l'empire de la compensation ? Le problème est bien délicat. La compensation est une institution favorable, cela est incontestable, mais, il faut bien voir aussi l'intérêt puissant du créancier à recevoir exactement l'objet de sa créance et non autre chose. Le législateur a pour mission de concilier ces deux intérêts ; or il est clair qu'il y a dans l'essai de cette conciliation une œuvre de pratique naturellement dépendante des faits et qui échappe par conséquent, à toute appréciation abstraite et générale.

Quoiqu'il en soit, sur le terrain légal, la solution nous paraît certaine, l'exception doit être limitée à ses termes stricts, hors desquels il faut revenir à la règle générale, c'est-à-dire à l'impossibilité de compenser toutes autres dettes que celles portant sur des quantités de choses fongibles (2).

(1) V. Larombière, III, art. 1291, n° 11 ; Lair, *op. cit.*, p. 206, Colmet de Santerre, *op. cit. et loc. cit.*

(2) Si l'une des créances est alternative et que l'un seulement

La fongibilité des deux objets réciproquement dus, telle est donc la première des conditions nécessaires à l'existence de la compensation. Arrivons à la seconde, l'exigibilité.

SECTION II. — Exigibilité des deux dettes.

La compensation est considérée par le législateur comme un double paiement ; or un paiement ne peut être effectué, tant que la date de l'échéance n'est point arrivée, tant que la dette n'est pas exigible (1). La compensation se trouve naturellement subordonnée à la même condition. L'admettre en dépit du terme accepté pour l'exécution de l'obligation, ce serait violer l'intérêt et le droit de celle des parties, débiteur ou créancier, en faveur de qui le terme aurait été stipulé.

La dette à terme ne saurait donc entrer en compensation. La loi fait pourtant exception à cette règle pour

des deux objets à choisir par le créancier ou le débiteur soit fongible, il est évident que toute compensation est impossible tant que le choix n'est pas fait, puisqu'elle aurait pour effet de paralyser ce choix : le choix opéré, la compensation se produira ou non, suivant que la chose fongible sera ou non devenue l'objet de l'obligation. S'agit-il d'une obligation facultative, là encore, aucune compensation n'est possible avant l'échéance. Celle-ci arrivée, le débiteur choisira et s'il entend payer avec la chose fongible, la compensation se produira ; ces solutions découlent logiquement des principes, il serait superflu d'y insister.

(1) Sauf évidemment le cas de consentement des deux parties que nous négligeons nécessairement.

le cas où le terme qui affecte l'obligation est un terme de grâce. Il n'est point un obstacle à la compensation (1). L'exception est, sans nul doute, pleinement justifiée par la nature même du terme de grâce. On comprend bien, en effet, que ce délai accordé au débiteur malheureux qui n'est point en mesure d'exécuter son obligation au jour de l'échéance, empêche toutes poursuites de la part du créancier, on ne comprendrait pas qu'il fasse obstacle au paiement par compensation qui opère sans que le débiteur ait rien à déboursier matériellement. Comment d'ailleurs obliger le créancier à payer d'abord sa dette à son propre débiteur, alors que sa créance était la première devenue exigible ? Il serait profondément injuste de maintenir, même dans ce cas, l'effet du terme de grâce et d'obliger le créancier à payer d'abord, sauf à réclamer plus tard un paiement que la situation embarrassée du débiteur rend très aléatoire (2).

La condition d'exigibilité qui ne se trouve pas réalisée, dans le cas d'obligation à terme, ne l'est évidemment pas davantage dans l'hypothèse où l'une des obligations est une obligation naturelle, obligation imparfaite qui n'est jamais exigible, puisqu'elle ne donne lieu à aucune action, et ne peut faire l'objet que d'un paiement volontaire (3).

(1) V. C. civ. art. 1292.

(2) Cf. Colmet de Santerre, v. p. 439, n° 242 *bis*, XI.

(3) Cf. Bigot Prémeneu. Exposé des motifs (Locré, Leg. XII,

De même en serait-il d'une dette de jeu : une semblable dette n'est jamais exigible. Sans doute, le paiement qui en est fait est valable et ne donne point lieu à répétition, mais encore faut-il que le paiement soit volontaire. Or la compensation, si elle est un paiement, est, dans la conception légale, un paiement forcé. Le débiteur d'une dette de jeu ne saurait être obligé indirectement à un paiement dont, s'il lui est demandé directement, il peut s'affranchir. Il serait vraiment étrange que la loi effectuât elle-même le paiement d'une dette contre laquelle elle refuse toute action.

La même solution nous semble s'imposer également au cas d'une dette prescrite. Le législateur qui met aux mains d'une partie ce moyen de faire déclarer l'action non recevable qui s'appelle une exception péremptoire, ne peut méconnaître le droit qu'il a ainsi reconnu, et l'effacer pour ainsi dire par l'effet d'une compensation (1).

Point de compensation enfin, pour le même motif, d'une obligation soumise à une condition suspensive tant que la condition n'est point réalisée, car jusqu'à cette réalisation le débiteur ne doit rien. Le créancier conditionnel peut faire des actes conservatoires, il ne

p. 365, n° 113), Desjardins, *op. cit.*, n° 120 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 174 bis, III, et 242 bis, X ; Aubry et Rau, t. IV, § 326, p. 228.

(1) Cf. Troplong, *De la prescription*, II, 833, Marcadé, sur l'art. 1291, n° 4, Aubry et Rau, IV, p. 228, texte et note 12.

peut demander son paiement. On ne sait si la dette existera, aussi n'est-ce pas seulement l'exigibilité qui fait défaut à cette dette, mais encore la liquidité (1).

Mais tout autre, évidemment, serait la situation en face de laquelle nous placerait l'existence d'une obligation soumise, non plus à une condition suspensive, mais à une condition résolutoire. Cette obligation existe et elle est exigible, la compensation s'opère donc, mais elle ne s'opère que conditionnellement, provisoirement.

La créance n'est point éteinte mais plutôt paralysée, aussi les sûretés qui y sont attachées ne disparaissent-elles point immédiatement d'une façon définitive. L'extinction, tant de la créance que des sûretés qui la garantissent, ne s'opérera que du jour où il sera certain que la condition ne se réalisera plus.

L'accomplissement de la condition, par son effet rétroactif, fait revivre la situation première, la compensation est censée n'avoir jamais existé et le créancier pur et simple recouvre son action (2).

Ce serait une application de ces principes que nous

(1) Cf. Aubry et Rau, t. IV, p. 228, texte et note 13, V, Cass., reg., 21 janvier 1858, S. 58, 1, 310.

(2) Cf. Marcadé, sur l'art. 1291, n° 3 ; Desjardins, *op. cit.*, n° 120. Une des conséquences des principes ainsi posés est indiquée par Aubry et Rau (t. IV, p. 229, not. 18). Le débiteur de la dette pure et simple, en même temps créancier de la créance soumise à une condition résolutoire, ne peut, *pendente conditione*, demander la radiation de l'inscription prise pour la conservation de l'hypothèque attachée à sa dette.

présenterait l'hypothèse d'une dette rescindable ou annulable. Le créancier d'une dette liquide et exigible auquel on opposerait en compensation une dette de cette nature pourrait évidemment repousser cette compensation, mais il lui faudrait faire prononcer l'annulation ou la rescision de l'obligation qu'on lui oppose. Cette obligation déclarée nulle, aucune compensation n'aurait jamais eu lieu ; dans l'hypothèse inverse, la compensation aura opéré conformément aux principes sur la matière (1).

Un dernier point nous reste à examiner. Une dette n'était point exigible, mais voici que le débiteur diminue les sûretés qu'il avait données à son créancier ; celui-ci fait constater cette diminution de sa garantie et prononcer contre son débiteur la déchéance du terme qu'il lui avait accordé (2).

Voici la dette devenue exigible et susceptible de compensation. Mais à partir de quel moment cette compensation s'opérera-t-elle ? A dater du jour où la déchéance a été encourue ou simplement à dater du jour où elle a été prononcée par la justice ? La même question se poserait, du reste, en dehors d'une diminution des sûretés données au créancier, au cas de déconfiture, d'insolvabilité d'un non commerçant. Comment la résoudre ? — La réponse croyons-nous est facile, en dé-

(1) Cp. Larombière, III, art. 1291, n° 24. Desjardins, n° 120, p. 403. Aubry et Rau, t. IV, p. 229.

(2) V. C. civ. art. 1188.

pit de la controverse qui s'est élevée sur ce point.

Il nous semble, en effet, difficilement niable qu'un jugement intervenant dans de semblables conditions ne soit pas considéré comme créant une situation largement nouvelle. Le débiteur est déchu du terme, désormais le créancier peut le poursuivre, ce sont là des éléments nouveaux d'une importance incontestable parce qu'ils touchent, pour ainsi dire, au pouvoir, à la capacité juridique du débiteur : les effets d'un semblable jugement ne remonteront pas dans le passé, ils dateront non du jour de la demande, mais du jour de la sentence (1).

Cette condition d'exigibilité des deux dettes à compenser se retrouve également en droit allemand. « Les créances paralysées par des exceptions péremptoires, ne peuvent se compenser, écrit Brinz. De même les créances à terme ; mais, par contre, les créances échues, celles qui sont seulement soumises au terme de grâce, les créances exigibles, les créances non pourvues d'action, mais garanties par une exception peuvent se compenser... (2) ».

Et l'article 390 du nouveau code reproduit la formule de Brinz : « La créance qui peut être repoussée par une exception ne peut être opposée en compensation. » Ainsi en sera-t-il de la créance prescrite, elle ne peut entrer en compensation. Cependant le Code civil alle-

(1) V. Aubry et Rau, t. IV, p. 229. *Contra*, Laurent, pp. 228, 229.

(2) Cf. Brinz, *Pandectes*, t. II, § 287.

mand apporte à cette règle une atténuation et il admet qu'une dette prescrite pourra parfois être invoquée en compensation : c'est lorsque la créance n'était pas encore prescrite à l'époque à laquelle elle aurait pu être opposée.

Notons aussi que le droit allemand apporte à cette exigence de l'exigibilité des deux dettes à compenser une grave restriction. Cette restriction qui est relative au cas de faillite, sera l'objet plus loin de développements particuliers, elle mérite en effet un examen plus minutieux.

Quoiqu'il en soit, et abstraction faite de ce point spécial, nous constatons sur les deux premières conditions de la compensation une identité certaine, malgré la différence de conception initiale entre le droit français et le droit allemand. La condition de la liquidité va nous montrer au contraire en opposition les deux législateurs.

SECTION III. — Liquidité des deux dettes.

La compensation exige, pour se produire, que les deux dettes réciproques en présence soient *liquides*, c'est-à-dire qu'elles soient l'une et l'autre certaines dans leur existence et déterminées dans leur quotité. Une dette est liquide, dit Pothier, lorsqu'il est constant qu'il est dû et combien il est dû, *quum certum sit an et quantum debeatur* (1).

(1) Merlin, *Repert de jurispr.*, t. II, p. 634 : « Cette règle,

Cette exigence de la liquidité semble, au premier abord, d'une impérieuse nécessité. La compensation est un paiement, or il est manifeste qu'on ne saurait effectuer le paiement d'une dette non liquide, on ne peut donc concevoir davantage la compensation d'une semblable dette, soit que l'existence en reste douteuse, soit que la détermination de son montant exact nécessite des calculs, des évaluations préalables. — Au surplus et pratiquement, la compensation ne semble point pouvoir, en dehors de cette condition de liquidité, jouer le rôle considérable qui lui appartient. Son but est de simplifier le règlement des affaires, or ce règlement sera compliqué au contraire, si l'on admet en compensation des dettes même non liquides, car les gens de mauvaise foi et amoureux de la chicane trouveront, dans la possibilité d'invoquer de semblables dettes, un moyen trop facile d'éluder un règlement immédiat.

Cependant, une question vient de suite à l'esprit : le

dit-il, tirée du droit romain, et particulièrement adoptée par la coutume de Paris qui en a une disposition expresse dans l'art. 105, est générale pour toute la France. Ainsi une dette litigieuse, un droit incertain, une prétention douteuse et non réglée, un compte qui n'est pas arrêté, une obligation conditionnelle n'empêcheraient pas l'exécution et les poursuites que feraient le créancier pour une dette claire et liquide, et ne pourraient valablement se proposer pour compensation ; car si l'une des deux dettes seulement est claire et liquide et que l'autre soit sujette à contestation, ce n'est plus alors le cas de la compensation, mais simplement de la reconvention ; action dont l'objet est de faire constater et reconnaître la dette. »

principe posé doit-il être absolu ? Si la dette opposée en compensation, sans être immédiatement et complètement déterminée, est pourtant d'une liquidation facile, le législateur ne doit-il pas se départir de son exigence ? On redoute l'esprit de chicane du débiteur poursuivi et on lui défend d'invoquer en compensation une dette non liquide ; mais, si la liquidation de cette dette est facile, n'est-ce point ouvrir la porte à l'esprit de chicane du poursuivant que l'autoriser pour un motif aussi futile, à repousser la compensation, à exiger son paiement intégral ?

S'il importe qu'une mauvaise chicane n'arrête pas une réclamation légitime, il importe aussi qu'une protestation légitime ne soit pas écartée par le demandeur, sous prétexte d'une illiquidité qui n'empêche pas, au fond, le droit du défendeur d'être sérieux et parfaitement fondé (1).

Il y a plus. En contractant sa dette le défendeur a peut être pris justement en considération la créance qu'il avait contre celui qui aujourd'hui vient le poursuivre : Il a consenti à devenir débiteur, parce qu'il se savait créancier et pour se payer en ne payant pas. Serait-ce chose juste que de faire table rase de son intention, de lui enlever l'avantage de la compensation sur lequel il avait compté et cela pour une circonstance

(1) Colzy, *De la condition de liquidité dans la compensation*, 1899, p. 104.

de pur fait ; la non-liquidité de la contre-créance ? On reconnaît ces idées, ce sont celles que nous avons trouvées à la base de la compensation allemande. La compensation n'est pas, dans cette notion, un simple paiement de deux dettes par suite de leur co-existence, cette co-existence entraîne, tout d'abord, un autre effet, un droit de gage, de rétention au profit du débiteur poursuivi qui est en même temps créancier. En manifestant son intention de compenser, le débiteur saisit-arrête sur lui-même ce qu'il doit pour se payer de ce qui lui est dû. C'est un droit ferme et certain qu'il invoque parce qu'il a compté sur la garantie, la sûreté qu'était pour lui sa contre-créance. Dans ces conditions, qu'importe que la dette qu'il invoque soit liquide ou non. C'est là, circonstance accidentelle qui ne saurait influencer sur l'efficacité du droit du débiteur poursuivi.

Ce qui en résulte simplement, c'est qu'il faudra dans la suite procéder à une liquidation, afin de déterminer la mesure dans laquelle se sera produite l'extinction des deux dettes, mais cette extinction ne datera nullement du jour de la liquidation effectuée, c'est-à-dire du jour où le juge en aura fixé la mesure. Elle remontera au jour même où les deux créances ont co-existé, au jour où le débiteur poursuivi a eu entre les mains cette contre-créance qu'il a considérée comme son gage.

Encore une fois, la non liquidité est un obstacle de pur fait qui ne peut porter atteinte au droit du débi-

teur. Quand le juge lèvera cet obstacle en fixant le montant de la dette non liquide, il ne prononcera pas la compensation, mais il déclarera qu'elle s'est opérée dans telle ou telle proportion au jour même de la co-existence des deux droits.

La solution est ainsi parfaitement logique dans le système allemand.

Nous pouvons même constater quelque chose de plus, c'est que notre droit français, n'ignore point cette logique et la preuve en est dans l'art. 559 du Code de procédure civile qui permet de saisir-arrêter pour une créance même non liquide, en la faisant évaluer provisoirement par le président du tribunal du domicile du saisi ou du tiers saisi.

Le législateur a ainsi parfaitement compris, comme l'avait déjà compris notre ancien droit que la satisfaction du droit ne pouvait être empêchée par cet obstacle fortuit de la non liquidité. « Il y aurait fort à craindre, disait déjà Pigeau, si l'on ne pouvait former saisie-arrêt que pour une créance déjà liquide, qu'un mauvais débiteur dont la dette est constante mais non fixée, parvint à toucher ce qui lui est dû, et à se soustraire ensuite au paiement de ce qu'il doit. »

Le droit français, permettant la saisie-arrêt sur soi-même, le fait évidemment dans les mêmes conditions et nous arrivons, pour cette hypothèse, à une situation absolument analogue à l'hypothèse de la compensation

allemande, véritable saisie-arrêt sur soi-même (1).

Cependant, remarquons-le, la compensation, même en droit allemand, est nécessairement quelque chose de plus qu'une saisie-arrêt. C'est un droit de rétention avons-nous dit, mais un droit de rétention renforcé. Par elle, non seulement le débiteur poursuivi refusera de payer ce qu'il doit, mais il fera plus et se paiera, du même coup, de ce qui lui est dû. Il se paiera même d'une façon privilégiée alors que, chez-nous, la saisie-arrêt, fut-elle pratiquée sur soi-même, ne donne aucun privilège au saisissant, mais seulement le droit d'être payé au marc le franc et en concours avec les autres créanciers qui interviendront en temps voulu à la saisie. Mais, ce n'est point ce caractère privilégié du paiement effectué par la compensation, en droit alle-

(1) Le rôle de la saisie-arrêt sur soi-même a été parfaitement mis en relief dans un arrêt de la Cour de Lyon.

« Considérant qu'il résulterait d'un système contraire de graves
« inconvénients puisque, d'une part, celui qui aurait la double
« qualité de créancier et de débiteur pourrait être exposé à payer sa
« dette liquide sans avoir aucune garantie pour sa créance qui ne le
« serait pas, et que l'insolvabilité de son débiteur pourrait rendre
« illusoire, puisque d'autre part, ce créancier de mauvaise foi pour-
« rait céder sa créance à un tiers qui aurait droit d'en exiger le
« paiement du débiteur, malgré les comptes que le débiteur pour-
« rait avoir avec un créancier primitif : qu'ainsi, si l'on admettait
« que le saisissant fut incapable d'être en même temps tiers-saisi,
« sa condition serait moins avantageuse que celle d'un étranger, ce
« qui ne saurait être conforme à l'esprit du Code de procédure
« civile. »

mand, que nous voulions relever d'une façon particulière, c'était simplement ce fait qu'il y a paiement. Or si la compensation s'analyse, partiellement sans doute mais enfin certainement, dans un paiement, comment le législateur allemand lui-même a-t-il pu admettre la compensation de dettes non liquides ? Est-ce qu'un paiement peut avoir lieu si la dette à payer est contestée, soit dans son objet, soit dans son étendue ? Non, ce semble. La compensation, elle aussi, s'il s'agit de dettes non liquides, est donc impossible.

C'est, en effet, ce qu'à pensé le législateur français, mais en le faisant nous ne doutons point qu'il se soit peut-être mépris. Autre chose est, au point de vue qui nous occupe, le paiement réel, autre chose la compensation.

On ne conçoit pas le paiement effectif d'une dette non liquide, mais pourquoi ? Parce que le paiement réel est, par définition même, une remise matérielle de telle ou telle quantité. Pour que l'exécution matérielle puisse avoir lieu, il faut de toute nécessité que l'on sache l'objet, l'étendue de la prestation à effectuer. Mais justement rien de semblable ne se retrouve dans le cas de compensation. Ici plus de numération matérielle d'espèces, plus de livraison effective, c'est fictivement que le double paiement intervient. L'imputation d'une dette sur l'autre se conçoit comme parfaitement possible bien que l'étendue de cette imputation reste à déterminer par une liquidation postérieure. Le débiteur poursuivi a une

créance contre son créancier et il l'invoque, il suffit ; c'est à ce moment que doit s'opérer la compensation, que son étendue soit immédiatement claire et certaine ou qu'il faille pour déterminer cette étendue recourir ensuite à des évaluations et des calculs. Le paiement en monnaie de compensation n'appelle donc nullement d'une façon nécessaire la condition de liquidité, comme l'appelle le paiement réel, livraison matérielle et déterminée, et cela bien entendu qu'il s'agisse de compensation légale ou de compensation judiciaire.

Sans abandonner en rien son point de vue, sans faire appel à la notion plus complexe de la compensation allemande, le législateur français pouvait donc laisser de côté cette condition de liquidité des deux dettes à compenser.

La logique de son système ne lui imposait nullement de l'accepter et il eut dû considérer les résultats regrettables auxquels conduit cette nouvelle exigence. Pour une circonstance de pur fait et toute fortuite, la compensation ne pourra plus s'opérer légalement. Seule, la voie de la compensation judiciaire restera ouverte aux parties, c'est-à-dire que les effets de cette compensation, l'extinction des deux dettes, par exemple, ne se produiront qu'au jour où le juge ayant liquidé les deux dettes, déclarera les compenser et non plus au jour de leur co-existence. Le jugement sera non pas déclaratif d'une compensation antérieurement opérée, mais créateur de cette compensation. Et par suite, que l'une des

parties tombe en faillite et toute compensation deviendra impossible, le débiteur paiera toute sa dette, il n'obtiendra qu'un dividende peut-être infime sur sa créance.

Le système est mauvais sans aucun doute. Il l'est pourtant moins en fait qu'il ne paraîtrait au premier abord et la raison en est très simple. C'est que les auteurs et la jurisprudence ont, à maintes reprises, fait échec aux principes rigoureux dont le législateur s'est inspiré, laissant de côté la condition de liquidité, pour admettre, bien que cette condition ne se trouve point remplie, la compensation, et la compensation légale des deux dettes réciproques.

Sans doute, il est des hypothèses où l'exigence de la liquidité ne saurait d'aucune façon être écartée. C'est ainsi que la compensation n'est évidemment point possible si l'une ou l'autre des dettes, ayant été contractée sous condition suspensive, la condition n'est pas encore réalisée. Jusque là, en effet, toute certitude manque sur l'existence de la dette. — De même encore, si nous sommes en présence de deux personnes en compte courant, alors que le compte n'est pas arrêté. Les relations d'affaires n'étant point interrompues entre ces personnes, chacune pouvant devenir à nouveau et à tout moment débitrice ou créancière de l'autre, on ne saurait dire actuellement de quel côté penchera la balance au jour de l'arrêté de compte, c'est-à-dire qu'elle partie finalement restera créancière de l'autre. Impos-

sible de s'attacher à l'existence d'un solde à tel moment donné : les deux parties ont justement voulu qu'il n'en fût pas ainsi : elles ont prévu ces opérations successives qui devaient intervenir entre elles et elles ont entendu que chacune perdrait son individualité propre pour se transformer en un simple article de débit ou de crédit. Toutes les opérations intervenues se sont de cette façon transformées et fondues en un ensemble, une opération unique, le compte courant. Il y aura bien probablement et en fin de compte, deux créances et deux dettes, mais momentanément il n'y a point de résultat, les deux dettes sont conditionnelles, c'est-à-dire non liquides ; les opérations commerciales qui suivront pourront réduire l'une ou l'autre à néant, donc point de compensation.

Sur ces hypothèses, évidemment, le doute n'est point possible et la solution du législateur ne peut être éludée ; mais, il en est d'autres dans lesquelles des distinctions sont apparues nécessaires, distinctions par où, disent d'aucuns, l'arbitraire judiciaire a passé.

Nous verrons si cet arbitraire prétendu n'est pas pleinement justifié.

Et, tout d'abord, il était un cas où fatalement des distinctions s'imposaient : c'était celui de la dette litigieuse, de la dette que conteste le créancier auquel on l'oppose. Il est bien certain qu'une semblable dette n'étant point reconnue en tout ou en partie devient douteuse, non liquide. Et cependant, peut-il et doit-il

en être ainsi nécessairement, toujours et partout ? Peut-il suffire, pour faire écarter la compensation, d'une méconnaissance quelconque par le créancier de la dette invoquée contre lui ? Mais alors, aucun créancier de mauvaise foi ne manquera à soulever des difficultés et si toute contestation, même d'un mal fondé évident, peut empêcher la compensation, celle-ci ne se produira jamais.

Evidemment, cela n'est pas acceptable et les solutions légales ne sauraient s'interpréter d'une façon qui aboutisse aussi radicalement à leur enlever tout effet. La dette litigieuse qui est vraiment un obstacle insurmontable à la compensation légale, c'est donc la dette sur l'existence ou l'étendue de laquelle l'allégation, la contestation du créancier fait planer un doute sérieux, celle à propos de laquelle cette contestation soulève une discussion véritable.

L'observation en a, du reste, été faite, dès les travaux préparatoires, par le tribun Jaubert : « Prenez garde, « disait-il, en parlant de la liquidité, que la loi ne dit « pas : dette également reconnue par les deux parties. « Car si l'une des deux se permettait de faire une mau- « vaise contestation et de soutenir contre toute évi- « dence qu'elle n'est pas débitrice, si le juge voyait clai- « rement que la dette était certaine, il ne pourrait s'em- « pêcher de déclarer la compensation. La contestation « n'empêcherait pas alors la liquidité. Lors donc que « la loi exige que les deux dettes soient également li-

« quides elle n'a entendu exclure que celles qui pour-
« raient donner lieu à des discussions (1) ». « Une dette
« contestée n'est point liquide, avait déjà écrit Pothier,
« à moins que celui qui l'oppose n'en ait la preuve à la
« main et ne soit en état de la justifier promptement et
« sommairement (2) ».

Ainsi, dans la pensée du législateur lui-même, la liquidité qu'il exige ne doit point s'entendre d'une liquidité stricte et absolue. Aux dettes pleinement liquides, il en est d'autres qu'il faut assimiler, ce sont les dettes facilement liquidables (3).

Mais quelles seront ces dettes facilement liquidables, à quel critérium les reconnaître ?

(1) V. Fenet, t. XIII, p. 363.

(2) V. Pothier, *Obligations*, n° 592.

(3) Cf. Merlin, *Repert.*, p. 635 : « Si, néanmoins, le litige élevé
« sur la question de liquidité, n'était ni fort compliqué, ni diffi-
« cile à résoudre, le juge pourrait dans ce cas, accorder un bref
« délai pour cette discussion, sans préjudicier au créancier auquel
« la compensation est opposée. » Larombière, *Obligations*, sur
l'art. 1291, n° 15 : « Il n'est donc pas nécessaire, pour qu'une
« dette soit liquide, que son existence soit reconnue par le débiteur
« à qui on l'oppose, Il suffit, son existence étant déniée, que le
« créancier en fournisse immédiatement la preuve, de manière
« que toute contestée qu'elle est, elle soit néanmoins incontes-
« table. » Demolombe, *Obligations*, admet également que si une
partie élève une contestation évidemment mal fondée, et qu'il soit
constaté après une instruction que la dette, par elle contestée,
soit certaine, la compensation, jusque-là en suspens, n'en aura pas
moins produit jusque-là son effet extinctif, du jour où les deux
dettes ont existé, bien que l'une d'elles ne fut pas reconnue.

La jurisprudence n'a guère pris la peine de déterminer ce critérium et il semble bien, en réalité, que la question soit une question de pur fait, à trancher dans chaque cas particulier. Malheureusement, il faut convenir que, s'il est des hypothèses où la solution est évidente, il en est d'autres où le plus grand doute est possible.

Point de difficulté, par exemple, si le débat s'élève sur le caractère licite ou illicite soit de la cause, soit de l'objet de la dette, ainsi sur la légalité d'un traité secret passé lors d'une cession d'office, et, point de difficulté davantage si la partie à laquelle on oppose la nouvelle obligation, déclare qu'elle va agir en nullité ou en rescision. L'existence de la dette est alors sérieusement en jeu ; une discussion délicate et longue va s'engager, le juge ne saurait considérer la dette comme d'une liquidation facile (1).

(1) V. Cass. *Rejet.*, 1^{er} juillet 1851, D, 51, 1, 192, 4 mars 1867, S 67, 1.

Voici l'hypothèse de cet arrêt (1851). Un notaire L... de Nantes avait, en 1834, cédé son étude à un sieur C... moyennant la somme de 110 000 francs, élevée à 185 000 par un traité secret. Le tribunal de Nantes, puis la Cour de Rennes annulèrent la contre lettre où était stipulée l'augmentation de prix et ordonnèrent que restitution soit faite à C... des sommes par lui versées à L., en vertu du traité secret, soit 86 997. C... étant tombé en déconfiture, ses créanciers poursuivirent la répétition de cette somme. L... répondit en invoquant en compensation certaines créances qu'il avait contre C... et résultant l'une de comptes courants, l'autre d'un jugement du Tribunal de commerce de Nantes. Les créanciers répondirent que

A l'inverse, s'il apparaît que la contestation n'est qu'un moyen de chicane, si le chiffre de la contre-créance invoquée peut être fixé sans difficulté ni retard, la compensation sera possible.

Ainsi en serait-il, dans l'hypothèse d'un compte arrêté dont aucun élément soit dans son existence, soit dans sa quotité, n'est l'objet d'une contestation.

Peu importe que le calcul à faire réclame un temps relativement long, il n'y a plus là qu'une opération arithmétique dont le résultat est fatal et par avance accepté par les parties (1).

La compensation serait possible encore certainement, pour la partie d'une dette reconnue incontestable par le juge, bien que le surplus en reste douteux et que, dans cette mesure la dette ne soit pas liquide.

Encore une fois, ces hypothèses ne sauraient faire

ces créances ne pouvaient être opposées en compensation parce qu'elles avaient pour partie leur origine dans le traité secret intervenu entre C... et L... Le Tribunal de la Seine, la Cour de Paris reconnaissant cette origine en fait, rejetèrent l'exception de compensation, et un pourvoi contre l'arrêt fut écarté par la Cour de cassation.

(1) Application de cette idée a été faite souvent par la cour de cassation. V. par exemple, Cass. 22 août 1865, D. 65, p. 358. L'arrêt admet en compensation des frais de partage, quoique le chiffre ne soit pas mentionné dans la décision du juge, mais parce que ce chiffre pouvait dans l'espèce être déterminé sans difficulté ni retard par la présentation de la quittance des officiers ministériels qui avaient remis des mémoires taxés en vertu desquels ils avaient été soldés.

difficulté, mais il en est d'autres, avons nous dit, où la question est délicate (1).

Que dire, par exemple, de la créance dont le montant dépend de l'appréciation d'experts, de jurés professionnels ? La cour de cassation a décidé que la créance d'un médecin était liquide bien qu'elle soit contestée par le client. Pourquoi ? C'est, dit-elle, qu'il n'y a pas d'autre retard à la liquidation que le temps nécessaire pour le règlement du mémoire par le jury médical, Mais, il nous semble, au contraire, que la contestation soulevée entraînera ou du moins est susceptible d'entraîner autre chose qu'un retard dans la fixation définitive de la dette, nous voulons dire une diminution de cette dette ; le jury médical peut estimer les honoraires réclamés trop élevés et les réduire, la dette n'est donc rien moins que déterminée dans sa quotité.

Il en serait de même de la dette d'honoraires dûs à

(1) Parmi ces hypothèses, nous pourrions encore ranger celle de l'ouvrier victime d'un accident au cours de son travail. Avant la récente loi du 9 avril 1898, la dette du patron envers l'ouvrier était une dette non liquide, douteuse dans son existence et dans son étendue, tant que le débat sur la question de responsabilité n'était point tranché. Depuis la loi de 1898, la situation est toute différente. L'existence de la dette sera presque toujours incontestable puisque la faute lourde de l'ouvrier l'exclut seule, elle sera de plus d'une quotité également déterminée puisque le législateur a lui-même tarifé uniformément et par avance l'indemnité due, sans souci des circonstances spéciales de chaque cas déterminé.

un avocat, puisque, sur la contestation du client, le conseil de l'ordre peut réduire leur montant. Et c'est encore la même solution qui devrait être admise à l'égard des frais judiciaires, des droits d'acte dus à des officiers ministériels notaires ou autres, tant que la somme due n'a pas été taxée. Jusque-là, en effet, comment dire que la dette est liquide puisqu'elle peut n'être approuvée par le juge.

Il s'en faut de beaucoup, du reste, que sur tous ces points la jurisprudence soit fermement établie en sens contraire des solutions que nous venons de donner (1).

Autre point délicat : la contre-créance invoquée par le débiteur poursuivi et contestée par le créancier primitif, est fondée sur un titre, est-ce que cela ne suffit pas pour faire rentrer cette créance dans les classes des créances facilement liquidables, dès que la contestation élevée contre elle a été reconnue mal fondée ? Oui

(1) C'est ainsi qu'un arrêt de cassation du 18 avril 1853, a décidé, suivant notre opinion, que les frais ne sont point liquides, tant qu'ils n'ont pas été taxés. C'est du reste l'opinion des notaires eux-mêmes : ils le manifestent en faisant approuver par le client lui-même, sur le livre de caisse de leur étude, le montant des frais et honoraires qu'ils lui réclament. C'est un aveu tacite mais réel de la non liquidité d'un état de frais non taxés. V. Trib. civ. de la Seine 20 janvier 1892 (le Droit, 24 mars 1892) qui décide que si un médecin, débiteur d'un client, est institué par lui légataire du montant de son obligation, les héritiers ne peuvent opposer la compensation qui ne serait produite entre cette dette échue avant le décès du disposant et les honoraires dus au médecin, mais non réglés à cette époque pas plus qu'arrêtés.

en principe, croyons-nous : la contestation rejetée, le titre doit recouvrer à nouveau, ce nous semble, toute sa valeur, toute sa force. « N'est-ce pas assez, comme on l'a dit très justement, que le créancier ait été obligé de subir un procès mal fondé ? Faudra-t-il encore qu'il perde un des avantages légaux attachés à sa qualité de créancier, celui de payer par compensation ? Le procès aura-t-il pour résultat de causer un dommage à celui qui le gagne et de procurer un bénéfice à celui qui le perd ? Sans ce procès, la compensation se serait opérée de plein droit et la créance productive d'intérêts aurait été entièrement payée et éteinte (1).

Le jugement qui repoussera, en la jugeant mal fondée la contestation, ne prononcera pas la compensation, mais il déclarera qu'elle s'est produite en vertu du titre même et à dater du titre même.

Seulement, si tel est le principe, il est difficile, impossible même, de lui reconnaître une portée absolue. Avant tout, les circonstances de la cause sont décisives et nous ne doutons pas que le juge puisse y trouver de bonnes raisons pour écarter la compensation légale. Sans doute, il importe d'empêcher les contestations mal fondées des débiteurs insolvables et de mauvaise foi, il importe de déjouer leurs calculs, de les empêcher d'obtenir leur paiement alors que leurs créanciers

(1) V, le rapport du conseiller G. Lemaire, cass. 7 février 1883, § 85, 1, 309. Cass. 17 juin 1839, § 39, 1, 581.

ne pourront à leur tour se faire payer, mais il faut prendre garde aussi à ne point porter atteinte à des droits légitimes. Après tout, la contestation peut être sérieuse et la liquidité n'exister absolument pas, le juge ne saurait alors admettre la compensation (1).

On voit, en somme, que dans toutes ces hypothèses, les faits, les circonstances spéciales de chaque espèce, joueront fatalement un rôle considérable. Et c'est pourquoi la jurisprudence nous offre sur ces divers points, des solutions qui paraissent contradictoires. Comme nous l'avons dit, il y a là une question de pur fait, relevant de l'appréciation des tribunaux dans chaque cas particulier.

Mais alors, dira-t-on, nous tombons dans l'arbitraire judiciaire. La compensation ne dépendra plus de conditions fixées directement et d'une façon immuable par le législateur, elle dépendra de l'appréciation souveraine, c'est-à-dire du caprice de la justice dont les erreurs ne pourront être relevées. Tout cela est pour nous parfaitement inexact. Sans doute, l'appréciation que nous laissons au juge implique, par définition même,

(1) Ce serait bien le cas, ce nous semble, si la contestation avait été soulevée à propos de la contre-créance, antérieurement au procès dans lequel cette contre-créance est invoquée en compensation. Une semblable contestation, la solution en apparût-elle facile, sera difficilement considérée comme née de l'esprit de chicane. Le plus souvent au contraire, sa légitimité apparaîtra incontestable.

En conséquence, la compensation devra être écartée pour absence de liquidité.

la liberté d'opter pour des solutions contraires, c'est-à-dire un certain arbitraire, mais c'est là chose fatale contre laquelle le législateur ne peut rien, dès lors qu'il n'entend point donner à son œuvre le caractère impératif.

Or justement, c'est bien ainsi, à notre avis, que le législateur français a procédé en matière de compensation, et cela même à un double point de vue. — Tout d'abord cette notion un peu flottante de la liquidité que nous avons développée, la justice n'a point fait œuvre prétorienne, à notre sens, en s'en inspirant ; c'est bien le législateur lui-même qui a entendu la consacrer. C'est lui qui a voulu cette assimilation des dettes facilement liquidables aux dettes pleinement liquides, tout comme il a voulu qu'en face d'une contestation inspirée par mauvaise foi ou esprit de chicane, le juge déjoue le calcul de l'adversaire et prononce quand même la compensation. De tout cela, la tradition, les observations faites aux travaux préparatoires nous fournissent la preuve indubitable (1).

Mais, il y a plus et à un autre point de vue encore, la jurisprudence nous paraît s'être pleinement conformée à la pensée véritable du législateur. Non seulement, en effet, celui-ci n'a pas consacré une notion absolue, rigide, immuable de la liquidité, mais, nous croyons qu'il n'a même pas fait de cette liquidité une condition né-

(1) V, *supra*, p. 83.

cessaire, inéluctable de la compensation. Ainsi que nous l'avons établi au début même de cette étude, le législateur n'a point fait, en cette matière, œuvre impérative au sens absolu du mot, mais œuvre interprétative de la volonté des parties. En l'absence de cette volonté, la loi pose les conditions auxquelles seront subordonnés les effets de la compensation ; elle met un obstacle particulier, la condition de liquidité, mais elle n'entend nullement rendre cet obstacle infranchissable. La volonté commune des parties peut se prononcer en sens contraire et l'écarter : la compensation ne s'en produira pas moins alors en dehors de toute liquidité.

Voilà en réalité, le système légal et c'est cette notion du caractère facultatif de la condition de liquidité qui en maintes circonstances a également inspiré la jurisprudence. Par exemple, des honoraires de notaires, qui ne sont point encore taxés, peuvent-ils entrer en compensation ? Non, avons-nous dit : Oui, a déclaré la cour de Rouen ; « attendu que la compensation entre ces « deux créances liquides et exigibles a eu lieu par la « force du droit et par le consentement tacite des parties. » Et la cour de Cassation n'a pu contredire à cette existence reconnue par la Cour d'appel d'un contrat entre les parties. « Qu'est-il arrivé alors, avait dit « aussi le rapporteur ? Une compensation s'est opérée « non seulement par la force de la loi, mais par la vo- « lonté des parties qui entendaient que les deux comptes devraient se balancer. »

Le mandataire a le droit, a jugé aussi la Cour de Paris (1), lors de la présentation de son compte, de compenser avec le reliquat dont il se reconnaît débiteur, les créances dont il a pu avant l'apurement du compte, devenir cessionnaire sur son mandant et ce, préférablement au transport que le mandant aurait depuis fait à un tiers de ce résultat éventuel, « Considérant, dit la Cour, que tout mandataire a le droit d'imputer, sur la recette dont il se prétend débiteur, toutes les créances qu'il peut avoir à exercer contre le mandant quelle qu'en soit l'origine, si elles sont d'ailleurs exigibles et bien justifiées. »

Cependant, comment cela peut-il se faire, si au moment où le mandataire est devenu créancier du mandant et où ce mandant a fait cession de ses droits éventuels, le compte du mandataire n'étant point apuré ?

La condition de liquidité n'était point remplie, la compensation a pourtant été admise, c'est que l'intention commune des parties avait été de la reconnaître accomplie sans souci de la liquidité.

N'est-ce pas, du reste, cette intention qui entraîne jusqu'à l'évidence la jurisprudence, lorsque, toutes les conditions requises pour la compensation étant réunies, elle décide néanmoins que cette compensation n'aura point lieu à raison de l'existence d'un compte courant. Les parties ont voulu que les dettes réciproques ne se

(1) V. Paris 18 avril 1836.

compensent point immédiatement, qu'elles perdent leur individualité pour se fondre dans un ensemble à solder plus tard. C'est pourquoi la compensation ne se produit pas, bien qu'au moment où elles vont entrer dans le compte, les dettes existent parfaitement à l'état isolé, liquides et exigibles.

Résumons-nous : la liquidité des deux dettes à compenser est une condition de la compensation légale. Interprétée d'une façon étroite comme une exigence de caractère absolu et impératif, cette condition serait regrettable au plus haut point. Pour une simple circonstance fortuite, la compensation légale serait empêchée, au mépris des intérêts, des droits légitimes auxquels elle a pour mission de satisfaire.

Mais le législateur français que guidaient, avant tout, des considérations d'équité, s'est bien gardé d'admettre une notion aussi absolue, aussi rigide de la liquidité. Il y a, tout au contraire, apporté des tempéraments.

Aux dettes pleinement liquides, il a assimilé les dettes de liquidation rapide et facile ; il a aussi permis aux parties d'écarter par leur commun consentement cette condition, et soit expressément, soit tacitement, de faire intervenir la compensation même pour dettes non liquides. Le juge a mission de déterminer cette intention. Finalement le système nous apparaît extrêmement souple. Si nous le comparons au système allemand qui, d'une façon plus radicale, supprime absolu-

ment la condition de liquidité, nous n'apercevons point en quoi notre système à nous, satisfait moins sur ce point les exigences légitimes de l'utilité pratique et de l'équité.

SECTION IV. — **Caractère personnel et principal des deux dettes.**

Le principe est posé très nettement par cette phrase de MM. Aubry et Rau :

« Le créancier de l'une des obligations doit être le débiteur personnel et principal de l'autre obligation ; et, réciproquement, le créancier de celle-ci doit être le débiteur principal et personnel de celle-là (1). » Ainsi les dettes à compenser doivent être à la fois personnelles et principales.

Etudions successivement ces deux caractères.

§ 1. — **Caractère personnel des dettes à compenser.**

Rien de plus simple, semble-t-il au premier abord, que cette condition nouvelle de la compensation et pourtant un certain nombre de difficultés sont nées à son propos. Plus d'une fois, en effet, auteurs et arrêts ont eu à rechercher si telle dette opposée en compensation était bien personnelle à la partie à qui elle était

(1) V, Aubry et Rau, t. IV, p. 229.

opposée et leurs solutions sur un même point ont été contradictoires.

Voici, par exemple, un mari dotal qui prétend opposer à son créancier personnel les créances dotales qui appartiennent à sa femme contre ce créancier, le peut-il ? Oui, a répondu la jurisprudence, et pour cette raison que le mari doit être considéré comme propriétaire véritable des créances dotales. Les art. 1549 et 1550, du Code civil lui reconnaissent sur elles, en effet, tous les droits du propriétaire : droit de percevoir les intérêts, de recevoir le remboursement au jour de l'échéance, d'en donner quittance. Si donc son créancier personnel vient à le poursuivre, le mari dotal pourra lui opposer la créance dotale que sa femme possède contre lui, car propriétaire de la créance dotale, le débiteur de la femme est en réalité son débiteur personnel, à lui aussi (1).

(1) V. Limoges 19 février 1862, S. 63, 2, 62. « Attendu que M^{me} D.... étant mariée sous le régime dotal, suivant son contrat de mariage du 14 janvier 1862. M. P.... son mari, a eu sur la dot mobilière les pouvoirs les plus étendus d'administration et de disposition, qu'ayant le droit de recevoir et de quittancer les deniers dotaux, d'après les art. 1549 et 1550 du Code. Nap., il a eu également celui de les compenser avec sa propre dette sous sa responsabilité personnelle, et, sauf les garanties hypothécaires et autres destinées à assurer à la femme le remboursement de sa dot » V. Caen. S. 56, 2, 180 : Attendu que le mari exerce ce droit, non pas comme mandataire de la femme, mais en vertu d'un titre qui lui est propre dont il est investi directement par la loi, et qui le cons-

Sans nul doute la déduction procède logiquement, malheureusement, il n'est guère douteux que le point de départ soit complètement inexact. Le mari dotal est-il bien en effet, le propriétaire des biens dotaux de sa femme ? Avoir de larges pouvoirs d'administration et de jouissance est une chose, être propriétaire en est une autre. Le mari a ces larges pouvoirs d'administration, mais il n'en reste pas moins simple administrateur, et c'est en cette seule qualité qu'il poursuivra les débiteurs de la femme, en recevra le paiement et leur donnera quittance. Le droit d'agir, comme le dit Laurent, ne donne pas la propriété du droit qui est réclamé. L'exercice d'une action en justice rentre parfaitement dans la notion d'administration. Un tuteur exerce les actions de son pupille, est-il donc propriétaire du droit qu'il met en œuvre ? Le mari exerce les actions même immobilières relatives à la dot, est-il, pour cela, propriétaire des immeubles dotaux ?

Mais, dit-on, le mari est aussi usufruitier des biens de la femme, si donc l'usufruit porte sur des biens consommables, dans cette mesure, le mari les fera siens et sera propriétaire. Erreur et confusion. Que le mari devienne propriétaire des deniers qu'il reçoit en paiement, cela est certain, mais justement la question n'est pas là.

titue créancier personnel de ceux qui sont débiteurs des deniers dotaux ».

Nous n'envisageons pas le produit du droit, mais le droit lui-même, car ce sont ces droits qui constituent les éléments véritables dans la compensation. Or ces droits, entités immatérielles, ne sont pas choses consommables. Ils restent donc propriété de la femme, si telle est leur condition, d'après les principes du régime dotal. Or c'est là justement la solution que ces principes imposent. Le mari ne peut donc pas opposer les créances dotales de sa femme pour se libérer de ses dettes à l'égard de ses créanciers personnels. Ces créances dotales sont un bien d'autrui avec lequel on ne saurait être admis à payer ses propres dettes. Telle est la solution vraie, selon nous, de cette difficulté (1).

Nous avons supposé les époux mariés sous le régime dotal, la solution que nous venons de dégager serait encore pleinement acceptable sous le régime de séparation de biens. Alors, en effet, la femme reste, sans nul doute, propriétaire de ses biens personnels, elle en conserve même, nous dit l'art. 1536, l'entière administration ; elle a la jouissance libre de ses revenus. Les créances et les dettes restent entièrement personnelles à chaque époux, elles ne sauraient être opposées en compensation à un tiers par l'époux qui n'en est point titulaire.

Même solution évidemment sous le régime de com-

(1) Cf. en ce sens, Demolombe, t. V, n° 564, Laurent, t. XVIII, n° 422 ; Larombière, t. III, sur l'article 297, n° 67. Desjardins, *op. cit.*, n° 366.

munauté légale ou sous le régime de communauté réduite aux acquêts, pour le capital des créances restées propres à la femme. La communauté n'en acquérant pas la propriété, le mari reste complètement étranger à ces créances, les débiteurs de la femme ne deviennent, en aucune façon, ses débiteurs personnels.

Mais, toute différente serait évidemment la solution pour les créances de la femme qui tomberaient en communauté, le mari ayant le droit de poursuivre le recouvrement de ces créances, pourra parfaitement opposer la compensation à ses créanciers personnels, débiteurs tout à la fois, de la femme, de la communauté et de lui-même (1).

Il va de soi, du reste, que sous le régime de communauté légale, une créance même propre du mari se compensera avec une dette de la femme tombée en communauté puisque toute dette de la communauté est aussi

(1) Une application de ces principes dans Cass. 23 février 1897. D. 98, 1, 121. La cour décide que l'indemnité allouée à une femme mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, à titre de réparation du préjudice causé à elle par un accident dont elle a été la victime par la faute d'un tiers, pendant la durée de la communauté, ne tombe pas dans l'actif de la communauté d'acquêts. Le montant de la dite indemnité qui constitue une créance propre de la femme, ne peut dès lors, quand elle est encore due à la dissolution de la communauté, être opposée en compensation d'une créance que l'auteur de l'accident, débiteur de la dite indemnité, avait lui-même acquise du chef du mari contre la communauté. Ici, en effet, le caractère personnel des deux dettes à compenser fait défaut.

dette du mari et que la communauté se trouve ainsi tout à la fois créancière et débitrice.

Il va de soi également, que, sous le régime dotal lui-même, s'il s'agit, non de la créance dotale elle-même, mais des intérêts qu'elle produit ; le mari, propriétaire de cette créance d'intérêts, pourra l'opposer en compensation d'une dette personnelle.

La matière du contrat de mariage nous fournit ainsi toute une série d'hypothèses particulièrement importantes où vient s'appliquer et entrer en ligne de compte, ce principe que les deux dettes à compenser doivent être personnelles aux parties. Nous pourrions en citer beaucoup d'autres.

C'est ainsi, par exemple, que le débiteur d'une société commerciale ne peut opposer en compensation la créance qu'il aurait contre un associé, mais seulement les créances qu'il a contre la société elle-même. C'est ainsi encore que l'avoué qui a obtenu la distraction des dépens est devenu créancier personnel de ces dépens et ne pourrait se voir opposer en compensation, une dette de son client envers la partie poursuivie. — C'est ainsi encore que l'adjudicataire dans une vente publique de meubles, ne peut se refuser à payer à l'officier public qui a procédé à la vente, sous prétexte qu'il a une créance contre le propriétaire des objets vendus. L'officier public, responsable du prix (1), a en effet,

(1) Cf. C. pro. civ. art. 625.

contre l'adjudicataire une créance personnelle et c'est le propriétaire qui est débiteur. — C'est enfin par le même motif que l'acceptation, par le débiteur, de la cession d'une créance compensée, met obstacle à la compensation entre le débiteur cédé et le cédant.

Par le fait de l'acceptation du débiteur cédé, la créance a, en effet, changé de titulaire, ce n'est plus le cédant qui en est propriétaire, mais le cessionnaire. Le même effet sera produit du reste, indépendamment de l'acceptation de la cession par le débiteur cédé, si notification de la cession lui a été adressée (1).

Dans les deux cas, notre condition fait défaut pour que la compensation soit possible, il y a absence de tout caractère personnel entre les deux dettes à compenser (2).

Mais ce caractère ne suffit pas, avons-nous dit; il faut encore que les deux dettes, soient des dettes principales. Examinons ce nouveau point.

(1) V. C. Civ. Art. 1295 : « Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification ». Ce sont là d'ailleurs des dispositions sur lesquelles nous aurons à revenir plus longuement dans la suite.

(2) V. encore à titre d'exemple, le cas prévu par l'art. 18 de la loi du 22 janvier 1851, sur l'assistance judiciaire.

§ 2. — Caractère principal des dettes à compenser.

Sur ce point, avons-nous dit, certaines divergences éclatent entre le système allemand et le système consacré par notre droit français. Ce sont elles que nous allons nous efforcer de mettre en lumière.

Plaçons-nous d'abord en face des solutions françaises. Nous les trouvons contenues dans l'article 1294 qui est ainsi conçu : « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal. — Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. — Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son co-débiteur. » Ce sont là, on l'aperçoit, des solutions qui ne nous sont point inconnues ; dès le début, en effet, nous les avons signalées comme contraires aux déductions auxquelles une logique étroite et rigoureuse aurait dû conduire le législateur.

Si, en effet, la compensation est légale, si les dettes réciproques s'éteignent de plein droit, dès le moment de leur coexistence, peu importe que la réciprocité existe entre la dette d'un tiers et celle d'une simple caution ou d'un simple codébiteur solidaire. La compensation logiquement doit s'opérer comme elle s'opérerait si la réciprocité s'était établie entre la dette du tiers et celle du débiteur principal. L'extinction doit se produire automatiquement, pour ainsi dire, sauf règlement

à intervenir dans la suite soit entre la caution et le débiteur principal, soit entre le codébiteur solidaire qui aura payé et les autres codébiteurs solidaires. L'extinction produite, tout obligé doit pouvoir s'en prévaloir, le débiteur principal et les autres codébiteurs solidaires. La loi efface la dette, il n'y a plus d'obligés.

Mais telle n'est point la solution légale. Ces conséquences, en effet, pour être logiques eussent été injustes au premier chef. La caution, en effet, a bien entendu s'obliger au paiement de la dette, mais elle n'a entendu s'obliger que d'une façon accessoire et conditionnelle, pour le cas seulement où le débiteur principal ne paierait point. Avant de pouvoir agir contre cette caution et de lui demander quoique ce soit, le créancier doit donc agir contre le débiteur principal, et la caution poursuivie jouit, pour l'obliger à cette action primordiale contre le débiteur principal, du bénéfice de discussion. Or, il est manifeste que ces principes de stricte équité seraient méconnus, si le débiteur principal pouvait opposer la compensation de ce que son créancier doit à la caution. En réalité, la caution paierait alors, par voie de compensation, une obligation dont le créancier n'aurait pu lui demander le paiement réel. Le débiteur principal rejetterait sur elle l'avance de la dette et lui ferait courir le risque de son insolvabilité. Cela n'est point admissible, parce que contraire à la nature même du cautionnement (1).

(1) Nous disons, à la nature du cautionnement et non point à son essence. On peut supposer en effet des hypothèses où le débiteur

C'est encore le même motif d'équité qui a dicté la solution du législateur à l'égard du codébiteur. Pierre et Paul se sont engagés solidairement envers Jean. Pierre vient à acquérir contre Jean une créance remplissant toutes les conditions nécessaires à la compensation. Jean réclame alors le paiement de sa créance, non pas à Pierre mais à Paul, celui-ci va-t-il pouvoir refuser de s'exécuter en invoquant la contre-crédence de Pierre et la compensation qui de plein droit a dû s'opérer des deux dettes ? La logique seule conduirait à l'admettre, mais cette solution comme celle de tout à l'heure, serait injuste et contraire, selon nous, à la notion vraie de la solidarité, à celle qu'ont envisagée les codébiteurs en s'engageant. Si chacun d'eux, en effet, a consenti à payer la totalité de la dette, à en faire l'avance par conséquent, c'est pour le cas où il plairait au créancier de le choisir, lui, pour lui réclamer son paiement. Voilà à quoi chacun s'est obligé, l'hypothèse exacte dans laquelle chacun a considéré qu'il serait tenu (1). Or

principal pourra opposer la compensation opérée du chef de la caution. Voici par exemple que, sur la poursuite dirigée contre elle par le créancier, la caution n'invoque point le bénéfice de discussion ; comme elle est elle-même devenue personnellement créancière de ce créancier, elle invoque la compensation. En réalité, dans un cas semblable, la caution a payé et la dette est éteinte. Le débiteur principal pourra sans nul doute invoquer cette extinction, sauf à subir le recours de la caution. C'est un cas de compensation facultative : devant le consentement de la caution, la disposition légale qui n'est qu'interprétative de sa volonté perd toute influence.

(1) C'est ce qu'exprime très bien Marcadé, t. IV, p. 54 : « Il est

l'hypothèse en face de laquelle nous raisonnons est tout autre. L'un des débiteurs solidaires est devenu créancier du créancier commun. C'est là un événement purement fortuit, il n'est point entré dans la prévision des parties, il ne saurait modifier en rien les rapports primordiaux établis entre elles, la nature de la solidarité primitivement établie. Ce n'est donc point parce qu'un débiteur solidaire sera devenu créancier du créancier commun qu'il sera possible à tel autre de ses coobligés de se soustraire à la poursuite du créancier. L'y autoriser eût été ici encore rejeter sur le premier l'avance de la dette et lui faire courir le risque de l'insolvabilité de ses codébiteurs, et cela, à raison d'un fait de pur hasard qui n'est point entré dans ses prévisions.

La loi a eu raison, en dépit de la logique, de repousser ce résultat injustifié (1).

bien vrai que, dans l'obligation solidaire, chaque obligé est débiteur personnel et principal pour le total de la dette, mais c'est seulement en ce sens que le total pourra être demandé par le créancier à celui des débiteurs qu'il voudra choisir..... Ainsi au lieu de définir la dette solidaire, celle dans laquelle le total est dû par chacun des obligés, on pourrait la définir plus exactement : celle dans laquelle le total est dû par celui des obligés auquel il plaira au créancier de le demander. »

(1) Il serait peut-être exagéré cependant de croire que le législateur a parfaitement aperçu dans leur plénitude ces raisons fondamentales du texte qu'il édictait. Les motifs donnés par le Tribunal à l'appui de sa proposition sont des plus singuliers : « Si l'on pouvait opposer, la compensation, y lisons-nous, de ce qui serait dû à un autre qu'à soi-même, quoique cet autre fût un codébiteur solidaire, ce serait donner lieu à des difficultés sans nombre, Ce tiers se

Il ne faut cependant point exagérer la portée de la disposition légale dont nous nous occupons. La compensation que la loi défend au codébiteur solidaire d'invoquer lorsqu'il est poursuivi par le créancier, c'est la compensation du total de la dette, mais, ce n'est point, à notre avis, la compensation de la dette jusqu'à concurrence de la part du débiteur devenu créancier du créancier. Dans cette mesure, ce nous semble, le débiteur poursuivi pourra invoquer la compensation. Sans doute — et les auteurs n'ont point manqué d'en tirer argument — les termes de l'article 1294 alinéa 3, sont formels et absolus ; mais il faut remarquer que la distinction dont nous parlons était admise par nos anciens auteurs ; or en semblable matière, l'argument historique a une valeur incontestable. Rien de plus rationnel du reste que cette compensation partielle : pour être obligé à la totalité de la dette, en effet, le codébiteur solidaire n'en est pas moins, c'est l'évidence, débiteur de sa part contributoire et il l'est de plein droit, sans aucune condition de choix de la part du créan-

trouverait engagé dans des procès désagréables, Il faudrait examiner avec lui si la dette existe, jusqu'à quel point elle existe, si elle est susceptible de compensation, et il est naturel que la compensation n'ait lieu entre deux personnes que pour ce qu'elles se doivent directement l'une à l'autre. » Mais il est évident que si le débat s'engage sur les points qu'indique le Tribunat, les conditions ne sont point remplies qui donnent ouverture à la compensation et spécialement la condition de liquidité, C'est là un rappel inutile des principes généraux et non une justification vraie de la disposition spéciale qui nous occupe.

cier ; la compensation dans cette mesure doit donc être admise. La solution est d'ailleurs commandée par une utilité pratique incontestable, puisque, sans elle, on pourra parfois aboutir, comme le remarquait déjà Pothier, à un circuit d'actions absolument inutile et même dangereux : on verra, par exemple, le codébiteur qui a payé le créancier commun, nonobstant sa créance à lui, faire saisie-arrêt immédiate aux mains de ce créancier et le contraindre à lui rendre de suite les deniers à lui versés.

Quoiqu'il en soit de ce point de détail, de cette atténuation à la solution posée, celle-ci subsiste et nous pouvons reprendre les termes du législateur : de même que le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution, de même le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur.

L'article 1294 contient encore une troisième règle que nous trouvons même en tête de notre texte et que voici : *la caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal*. La solution est absolument juste et cette fois elle est pleinement logique. — Il est juste, en effet, que la caution puisse invoquer en compensation ce que le créancier doit au débiteur principal, car dans son intention et, de par la nature même du cautionnement, la caution n'est tenue qu'accessoirement ; elle ne saurait devoir que si le principal obligé ne paie point sa dette au jour où l'exécution

lui en est demandée. Or, dans la pensée du législateur, la compensation est un paiement et elle n'est qu'un paiement. La dette compensée étant éteinte, l'engagement accessoire de la caution manque de support, il ne peut que disparaître lui aussi, voilà pourquoi la solution légale n'est pas seulement juste, mais encore logique.

Ce que nous disons, avec le législateur, de la caution simple, nous semble d'ailleurs pouvoir être dit aussi légitimement du codébiteur solidaire dans une hypothèse particulière, celle où un seul des codébiteurs solidaires est intéressé à la dette contractée solidairement ; alors, en effet, nous dit en substance l'article 1216 du Code civil, celui des coobligés solidaires que l'affaire . concerne uniquement est tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs *qui ne sont considérés par rapport à lui que comme cautions*. Aussi le législateur lui-même, dans cette hypothèse spéciale, assimile le codébiteur à la caution. Est-ce là une contradiction avec la règle posée dans l'article 1294 alinéa 3 ? Pourquoi le supposer ? Nous sommes en présence d'une disposition particulière, art. 1216, qui vient déroger à la règle générale de l'article 1294 ; voilà, ce semble, ce qu'il est beaucoup plus simple de penser, et c'est notre sentiment.

Il faut admettre également, croyons-nous, et pour des motifs identiques, que même si tous les codébiteurs solidaires sont intéressés à l'affaire, chacun d'eux joue

en réalité le rôle de caution pour tout ce qui dépasse sa part, contributoire dans la dette. L'accord qui existe sur ce point (1) devrait, peut-être guider les auteurs vers la solution que nous avons défendue dans l'hypothèse précédente.

Enfin, à la caution ordinaire, nous assimilerons la caution solidaire et nous lui permettrons, à elle aussi, d'invoquer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal avec la dette par elle cautionnée de ce même débiteur principal. — Mais nous reconnaissons que la question est délicate et l'on aperçoit pourquoi : c'est qu'il est difficile de déterminer d'une façon précise le caractère, la nature du cautionnement solidaire. La jurisprudence penche d'une façon certaine pour l'assimilation de la caution solidaire, non pas à la caution simple, mais au débiteur solidaire, et il semble, en effet, qu'un texte du Code civil, l'article 2021 ne laisse aucune place pour une autre solution. Quand la caution s'est obligée solidairement avec le débiteur, nous dit en effet cet article, « l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires ». N'est-ce point décisif ? La caution solidaire relève donc de l'alinéa 3 de

(1) V. déjà la solution dans un arrêt d'Orléans 2 juillet 1813 : « Attendu que les codébiteurs solidaires ne peuvent être considérés comme cautions que pour la somme qui leur est demandée au-delà de celle dont ils sont tenus, à raison de la part qu'ils ont eue dans la cause de la dette. » V. Merlin, *Questions de droit*, t. IV, p. 29.

l'art. 1294 et non de l'alinéa 1^{er} qui lui est étranger (1).

C'est, à notre avis, aller beaucoup trop loin; l'article 2021 n'a pas une portée aussi absolue : Que le cautionnement solidaire, conformément à ce texte, doive produire tous les effets de la solidarité passive si les parties l'ont ainsi entendu, nous n'en disconvenons point. Mais si telle n'a pas été leur intention, si leur volonté ne s'est point manifestée formelle dans le sens de cette assimilation, comment l'admettre ? Or justement ce que les parties ont visé en recourant au cautionnement solidaire, c'est normalement un but plus restreint : la caution a voulu renoncer au bénéfice de discussion et au bénéfice de division, voilà tout. Ce sera donc dans cette mesure seulement que sa condition se confondra avec celle du débiteur solidaire. Mais pour le surplus, les deux situations doivent rester distinctes. Ce sera le cas au point de vue de la compensation. La

(1) V. Cass. 7 juin 1882, I, 441. V. Marcadé, t. IV, p. 656, qui raisonne ainsi : « Les obligés, dans ce cas (de cautionnement solidaire) ne sont débiteur principal et caution que dans leurs rapports entre eux, et non pas vis-à-vis du créancier, pour lequel il n'y a alors que des codébiteurs solidaires. L'article 1216 déclare que si la dette solidaire ne concerne que l'un des coobligés, celui-ci est tenu de toute la dette vis-à-vis des codébiteurs qui ne seront considérés, par rapport avec lui, que comme des cautions, l'article 2021 dit à son tour que, quand la caution s'est engagée solidairement, l'effet de son engagement se règle par les principes établis pour les dettes solidaires. La caution ne cesse pas d'être caution par rapport au coobligé, mais elle cesse de l'être pour devenir codébiteur solidaire par rapport au créancier. »

caution solidaire reste une caution ordinaire, et comme celle-ci, elle aura la faculté d'opposer au créancier qui la poursuivra, la compensation de ce que ce créancier doit au débiteur principal.

Nous connaissons ainsi les solutions du droit français. Si nous envisageons celles du droit allemand sur les différents points que nous venons d'examiner, nous constatons, avons-nous dit, de profondes différences.

Ces divergences ne sauraient, d'ailleurs, nous étonner. Logiquement, à raison des considérations rationnelles et théoriques d'où il partait, le législateur allemand devait être amené à des solutions opposées à celles du droit français. Sa conception de la compensation est, comme on sait, beaucoup plus large ; la compensation répond, dans sa pensée, à une idée de sûreté, de garantie. La dette que j'ai envers un tiers est, pour moi, comme un gage qui m'assure, me garantit le paiement par ce tiers de la créance que j'ai contre lui. Les deux dettes ne sauraient donc s'éteindre par le seul fait de leur coexistence ; le rôle qu'elles doivent jouer l'une par rapport à l'autre, exige au contraire qu'elles survivent. Leur extinction ne se produira qu'au jour seulement où l'une des parties fera à l'autre la déclaration qu'elle entend se prévaloir de la compensation. Mais, s'il en est ainsi, on aperçoit, dans l'hypothèse où la dette principale a été cautionnée, quelle doit être la condition de la caution.

La déclaration qui donnera ouverture à la compen-

sation est évidemment chose toute personnelle, elle ne saurait émaner que de la volonté de l'un ou de l'autre des deux engagés principaux. La caution ne peut en décider. Il lui sera donc interdit d'opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal. Et c'est la solution du droit allemand, solution parfaitement logique, à coup sûr, mais que le législateur devait écarter, à notre avis, parce qu'elle est aussi parfaitement injuste. Comme nous l'avons dit, et c'est la notion même de cautionnement qui l'implique, la caution n'est et n'entend pas être autre chose qu'un obligé subsidiaire, conditionnel. Avant tout, c'est au débiteur principal à payer ce qu'il doit, et dès qu'un moyen quelconque existe pour pour lui de se libérer, il doit le faire, de même que le créancier doit être tenu de s'adresser à lui de préférence. Dans la mesure où le débiteur principal est devenu créancier de son créancier, c'est un droit, ce semble, pour la caution d'invoquer sa libération, et c'est ce droit que le législateur allemand nous semble avoir méconnu. Et pourtant, à maintes reprises, la question d'équité a été clairement aperçue par le législateur allemand et nous constatons, sur le point même qui nous occupe, que plusieurs fois ici encore l'équité a triomphé de la pure logique.

C'est ainsi, par exemple, qu'en droit allemand comme en droit français, le débiteur cédé qui aurait pu, avant la cession, opposer la compensation au cédant, pourra l'opposer au cessionnaire lui-même. Et pourtant la ces-

sion étant intervenue, le titulaire de la créance est changé, il n'y a plus réciprocité entre les deux dettes. Mais le législateur allemand a considéré que le débiteur cédé avait acquis un droit véritable à la compensation du jour où celle-ci avait été possible, droit de gage, de rétention sur la contre-créance, droit que la cession n'a pu lui enlever. Le cessionnaire le sait et il consent tacitement à se voir opposer la compensation. Le raisonnement est acceptable, la solution est conforme à l'équité ; le législateur allemand a eu raison de la consacrer quoiqu'elle cadre mal avec le principe de la personnalité des dettes dont nous parlions tout à l'heure.

C'est encore la solution vraie et exacte qu'il a faite sienne à l'égard du codébiteur solidaire en n'admettant pas que celui-ci puisse se prévaloir de la compensation du chef d'un des autres codébiteurs solidaires. La solution heurte, avons-nous dit, notre principe français de la compensation légale. L'extinction légale, automatique, des deux dettes, en pure théorie, devrait être absolue, et tous les coobligés devraient pouvoir s'en prévaloir. Mais alors, c'est l'avance du paiement imposée à l'un des codébiteurs par suite de ce fait de pur hasard qu'il est devenu créancier du créancier commun. Cela n'est pas admissible. Le législateur écarte donc la solution, adoucissant, pour ainsi dire, le jeu sans cela trop brutal de la compensation.

Le droit allemand n'était point condamné, pour adopter la même solution, à un abandon de ses prin-

cipes, ceux-ci l'y conduisaient au contraire tout naturellement. Puisqu'en effet la compensation s'analyse en un droit de rétention exercé sur un gage, c'est évidemment au seul créancier gagiste, titulaire de ce droit de rétention, à se prévaloir de son droit. Tout autre ne saurait l'invoquer et, grâce à lui, arriver, pour ainsi dire à payer sa propre dette avec le bien d'autrui. Le codébiteur solidaire ne pourra donc invoquer en compensation la dette du créancier commun envers l'un quelconque des autres codébiteurs solidaires.

Il va de soi qu'en droit allemand aucune question ne saurait exister à l'égard de la caution solidaire. En droit français, la question se pose pour elle à raison de la différence de condition entre celle de la caution simple et celle du codébiteur solidaire. En droit allemand, ces deux coobligés ont une situation identique. La caution solidaire ne pourra donc jamais invoquer la compensation de ce que doit le créancier au débiteur principal.

SECTION V. — Absence de disposition légale prohibant la compensation.

Il ne suffit pas, avons-nous dit, pour que la compensation légale soit possible en droit français, que les deux dettes à compenser aient pour objet des choses fongibles entre elles, qu'elles soient exigibles et liquides, qu'elles soient aussi des dettes personnelles et princi-

pales, il faut encore que la situation des deux parties ne soit pas de celles que le législateur a spécialement prévues et dans lesquelles il a prohibé toute compensation. C'est cette dernière condition qu'il nous faut maintenant examiner. Quelles sont donc ces hypothèses exceptionnelles dans lesquelles la compensation est impossible ? L'article 1293 nous en indique plusieurs. La compensation a lieu, nous dit-il, excepté dans le cas :

1° De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ;

2° De la demande en restitution d'un dépôt ou du prêt à usage ;

3° D'une dette qui a pour cause des aliments insaisissables.

A ces trois hypothèses ou catégories d'hypothèses, il faut en ajouter une autre relative aux contributions dues à l'Etat. Nous rattacherons même à cette section, comme s'y rapportant mieux qu'à toute autre, l'examen de deux théories particulières relatives à notre sujet, la théorie de la compensation en cas de faillite, et celle de la compensation en matière de titres à ordre. Sans considérer que, d'une façon absolue, la compensation doit être écartée dans ces deux hypothèses spéciales, nous verrons, cependant, que son domaine peut y subir d'importantes restrictions.

§ 1. — Spoliation injuste.

Et d'abord le législateur a refusé d'admettre la com-

pensation dans le cas où le demandeur réclame la restitution d'une chose dont il a été injustement dépouillé. L'hypothèse est simple. Quelqu'un s'est emparé d'un sac de blé ou d'argent, d'un fût de vin m'appartenant ; je l'actionne en justice en restitution ; mais voici que, soit antérieurement, soit postérieurement à ma dépossession, mon spoliateur s'est trouvé titulaire d'une créance contre moi. La créance est exigible, elle est liquide, en un mot, elle remplit toutes les conditions qui normalement donneraient ouverture à la compensation. Le législateur la prohibe cependant et défend à mon débiteur de l'invoquer (1).

Pourquoi cette exception aux principes généraux ? Il y en a une raison décisive, elle est d'ordre pratique et elle saute aux yeux. C'est que la paix publique serait singulièrement menacée si, dans une hypothèse semblable, la prétention du spoliateur de se soustraire à

(1) Il va de soi, du reste, que la prohibition légale ne vise pas seulement le spoliateur dont l'acte renferme tous les caractères d'un délit. L'article 1293 1^o parle simplement et sans référence au droit pénal, du propriétaire injustement dépouillé. La compensation sera donc impossible dès qu'il y aura eu dépossession réalisée contre le gré ou à l'insu de celui qui possède, sans le concours de la justice. V. Aubry et Rau, t. IV, p. 233. note. Il nous semble, du reste, que le législateur aurait pu ici, employer des termes plus généraux encore et décider, par exemple, comme le fait le législateur allemand dans l'article 393 du nouveau Code civil, que la compensation ne sera pas admise « contre la créance du chef d'un acte illicite commis intentionnellement. »

toute restitution pouvait être acceptée. Dans de telles conditions, aucun créancier ne manquerait, ou du moins tout créancier aurait intérêt à s'emparer de sa propre autorité de quelque bien appartenant à son débiteur, afin d'invoquer ensuite la compensation et de se payer plus sûrement. Or, bien certainement, l'ordre public est intéressé à ce qu'un calcul semblable ne puisse aboutir, et c'est pourquoi il devait établir qu'avant tout, sans compensation possible, la restitution de l'objet injustement soustrait devrait être opérée. *Spoliatus ante omnia restituendus* (1).

La justification est complète ; cependant les auteurs donnent encore de notre disposition une autre raison. La solution n'est point seulement pratique, disent-ils, théoriquement elle est commandée par les principes eux-mêmes. C'est qu'en effet celui-là qui m'a dépossédé injustement de mon sac de blé ou d'argent n'est point tenu vis-à-vis de moi d'une dette de genre, d'une dette de quantité. En vain invoquerait-il qu'il s'est emparé de choses *quæ pondere, numero, mensurave constant* ; en vain voudrait-il établir et établirait-il que je n'ai aucun intérêt à me voir restituer la chose dérobée plutôt que telle autre du même genre, l'effet du détournement est de le rendre, vis-à-vis de moi, débiteur non d'une chose fongible, mais de la chose même qu'il m'a dérobée ; il est tenu à la restitution *in specie* du sac de blé

(1) Cf. Pothier, *Obligations*, t. II, n° 625.

ou d'argent qu'il m'a enlevé et non de tout autre analogue.

Une condition essentielle manque donc à la réalisation de la compensation qui ne peut avoir lieu qu'entre dettes de choses fongibles (1).

Le raisonnement est, semble-t-il, tout à fait probant, et c'est aussi notre avis ; seulement, il faut bien reconnaître qu'il provoque une observation presque fatale. Si, en effet, la solution du législateur découle aussi logiquement, aussi nécessairement des principes, pourquoi donc ce législateur a-t-il pris soin d'en faire l'objet d'une disposition spéciale et expresse ? A quoi bon faire lui-même une semblable déduction et l'inscrire dans la loi ? C'est une redite, un pléonasme législatif, une disposition en réalité sans portée. Cependant, est-ce ainsi qu'il faut interpréter les textes ? Cette prétendue redite n'aurait-elle pas un but particulier ? Le raisonnement des auteurs est bien fait pour provoquer l'étonnement.

Notre étonnement s'accroît encore, du reste, si nous considérons la solution généralement donnée par les auteurs au cas de perte ou de consommation de la chose dérobée. Cette chose a été détruite matériellement par le spoliateur ou bien elle a perdu son individualité par son mélange à d'autres de même espèce.

(1) Cf. Colmet de Santerre, t. V, p. 444 bis, I, p. 442 ; Desjardins, *op. cit.*, p. 411.

Nécessairement alors, l'objet de la dette du spoliateur est transformé, ce n'est plus une *res certa*, mais soit une quantité, soit même des dommages-intérêts. La compensation va-t-elle donc redevenir possible entre cette dette, par exemple de dommages-intérêts, et la créance dont le spoliateur est devenu titulaire ? Il paraît aux auteurs difficile de le nier : toutes les conditions se trouvent de nouveau remplies, disent-ils, la compensation se produira (1).

Mais alors, s'il en est ainsi, l'hésitation n'est pas permise, la loi est franchement mauvaise et elle est absurde. Elle est mauvaise puisqu'il suffira au spoliateur de détruire ou de consommer les choses qu'il aura dérobées, par exemple de mélanger l'argent volé à son argent, de vendre les denrées, pour pouvoir opposer la compensation et arriver à ses fins. Cependant, il est clair que pour changer d'objet, la dette du spoliateur reste toujours une dette née d'une dépossession injuste, son origine ne change pas ; et n'est-ce justement pas à raison de son origine que le législateur a voulu qu'elle fût payée avant tout ? La loi est du reste aussi absurde que mauvaise puisqu'elle fournit elle-même au spoliateur, par une imprévoyance inconcevable, un moyen si facile d'éluder ses dispositions. En présence d'une sem-

(1) Cf. Desjardins, *op. cit.* p. 411, qui se refuse à admettre que l'art. 1293 et la prohibition de la compensation soient applicables à ce cas, parce que le Code n'indique pas que le législateur ait prévu la transformation de l'obligation que nous supposons.

blable solution, comment les auteurs n'ont-ils pas reculé? La disposition que nous examinons, par le seul fait qu'elle apparaît une redite inutile, une déduction pure et simple des principes généraux antérieurement posés, doit avoir un autre sens et, comme nous l'avons dit, un but particulier.

Ce but existe en effet, croyons-nous, et il n'est point difficile à l'excès de le découvrir. Il suffit de remonter à l'origine de la disposition qui nous occupe. Cette disposition date de Justinien : « La compensation est refusée, porte la loi, 14 § 2 C. *de compensationibus*, à ceux qui se sont mis illégalement en possession des biens d'autrui (1). » Or que veut dire Justinien? Simplement que celui-là qui sans titre s'est mis en possession de la chose d'autrui ne saurait retarder par des demandes reconventionnelles, si liquides qu'elles puissent paraître, ni le jugement de la demande en restitution (action réelle ou interdit possessoire, par exemple), ni l'exécution de ce jugement. *Spoliatus ante omnia restituendus* ! Après qu'il aura reçu la réparation qui lui est due, on pourra examiner la demande reconventionnelle du spoliateur (2). » En d'autres termes, ce que Justinien appelle *compensatio*, c'est la demande reconventionnelle, la *mutua petitio*, pouvant mener à

(1) V. 14 § 2, C. IV, 31 : « Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur. »

(2) Cf. Appleton, *Histoire de la compensation en droit romain*, p. 499.

une compensation ; c'est cette *mutua petitio* qu'il prohibe, afin que l'usurpateur ne puisse retarder la restitution, afin également que les créanciers ne songent point à s'emparer des choses de leur débiteur et à garantir ainsi leur paiement pour le jour où ils se trouveraient nantis d'un titre exécutoire et pourraient procéder à une saisie sur les choses dérobées (1).

Voilà quel fut le système consacré par Justinien ; or

(1) V. Appleton, *op. cit.*, p. 500 : « Si l'on ne se met pas bien en tête que compensation et reconvention sont ici synonymes, dit cet auteur, on se perd en conjectures sur la portée pratique de la disposition relative à l'usurpateur. C'est ce que font la plupart des auteurs, quand ils ne gardent pas le silence sur la difficulté, comme le font Eisele, p. 355, et Dernburg, p. 511 et suiv. Cette difficulté existe pour eux parce qu'ils exigent, pour la compensation, deux dettes portant sur des choses fongibles de même espèce. Or, ici c'est un corps certain que le spolié peut réclamer soit par une action personnelle (interdit possessoire, par exemple), soit même par une action réelle, en sorte que la plupart du temps il n'y aura pas même deux dettes, mais une seule, celle dont le spolié peut être redevable. Nous savons, au contraire, que le droit d'opposer la compensation, dans le dernier état du droit romain, n'est pas autre chose que la faculté d'intenter une demande reconventionnelle, ce qui procure d'abord l'avantage d'un sursis, puis celui de faire constater et liquider même, si cela ne demande pas trop de temps, une créance qui pourra alors neutraliser les effets de la condamnation subie sur la demande principale, dans le cas bien entendu où les deux condamnations porteraient sur de l'argent ou sur des quantités fongibles entre elles. Alors il n'y a plus la moindre difficulté pour expliquer les cas où la compensation est refusée, c'est tout simplement l'interdiction de la demande reconventionnelle et de ses conséquences. »

pourquoi ne pas admettre aujourd'hui une solution identique ? La disposition actuelle est la même en la forme que celle de Justinien, c'est la reproduction de l'adage : *Spoliatus ante omnia restituendus* que répétaient nos anciens auteurs ; pourquoi ne pas lui reconnaître le même sens qu'autrefois ? L'explication, d'ailleurs, n'est point seulement fondée au point de vue historique, elle seule nous paraît encore vraiment rationnelle. Le législateur n'a pas voulu qu'un créancier, pour le recouvrement de ses créances, tire avantage de la spoliation : il n'est pas admissible d'abord, qu'il puisse faire reconnaître cet avantage que le législateur entend lui enlever, par la destruction, la consommation des choses dérobées ; il n'est pas admissible ensuite qu'il se refuse à restituer de suite ce qu'il a injustement appréhendé. Or, c'est à ce résultat doublement fâcheux qu'aboutirait toute demande reconventionnelle. Et remarquons justement qu'en vertu des solutions générales acceptées par la jurisprudence, une demande reconventionnelle pourrait parfois, dans notre hypothèse, normalement intervenir. Quand donc, en effet, une demande reconventionnelle est-elle recevable ? Dans deux cas, nous dit la jurisprudence : d'abord quand elle est connexe à la demande principale ; en second lieu quand elle tend à lui servir de défense. Or, soit l'une, soit l'autre de ces deux situations pourra facilement se rencontrer dans notre hypothèse. Que le défendeur, par exemple, se prétende pro-

priétaire de l'objet enlevé et voilà la demande reconventionnelle recevable comme connexe à la demande principale. D'autre part, celle-ci comprendra normalement, en outre du chef relatif à la restitution de l'objet dérobé, un autre chef relatif aux dommages-intérêts réclamés à raison de la spoliation ; alors la demande reconventionnelle se trouvera recevable comme tendant à servir de défense contre la demande principale.

Eh bien, ce sont ces demandes reconventionnelles normalement recevables que le législateur entend prohiber. Il ne veut pas que cette demande vienne retarder la restitution, il veut tout au moins que la demande principale soit jugée la première. Voilà, ce nous semble, sinon la pensée exacte du législateur, en tout cas, la façon dont il convient d'interpréter la loi pour ne pas la mettre en contradiction radicale avec son but. Or, comme le dit très bien M. Appleton, dont nous suivons sur ce point le raisonnement, le but de la loi, c'est la règle d'interprétation par excellence, ou pour mieux dire, le principe unique. Qui connaît bien le but de la loi l'interprétera sainement, malgré l'imperfection de ses formules, malgré toutes ses obscurités ou ses contradictions apparentes.

Toutes ces idées, au surplus, ont une portée plus large qui dépasse l'hypothèse étroite de spoliation injuste sur laquelle nous avons raisonné jusqu'ici. Elles sont encore pleinement applicables aux deux hypothèses

suivantes que prévoit le législateur, celle du dépôt et celle du prêt à usage.

§ 2. — Dépôt et Prêt à usage

Ici encore, disions-nous, la solution que nous venons de défendre pour le cas de spoliation injuste doit être admise. En dehors d'elle, en effet, que de difficultés, ou plutôt que d'inutilités ! Car enfin, à quoi bon, sans cela, ces dispositions nouvelles ? Normalement, les choses qui font l'objet d'un dépôt sont des choses non fongibles, le déposant entend que le dépositaire lui restitue la chose même qu'il a déposée chez lui et non une autre. Or, le dépositaire a beau devenir créancier d'une somme d'argent contre le déposant, aucune compensation n'est possible, car la compensation exige que les deux dettes à compenser aient pour objet des choses fongibles. De même en ce qui concerne le prêt à usage dont l'objet est nécessairement un corps certain. Dans ces deux hypothèses, de par les principes eux-mêmes, la compensation se trouvait prohibée, il n'était nul besoin d'une disposition spéciale de la loi.

Les auteurs ont pourtant trouvé une certaine utilité à cette disposition. En matière de dépôt tout d'abord, le législateur aurait entendu viser l'hypothèse d'un dépôt irrégulier, c'est-à-dire du dépôt dans lequel le dépositaire n'est point tenu de rendre les choses mêmes qu'il a reçues, mais des choses de même espèce. C'est

pour ce cas particulier que le législateur aurait défendu la compensation (1). Ainsi, je vous avais remis en dépôt vingt sacs de blé, mais il était entendu que vous pourriez me restituer vingt autres sacs. Par la suite, je deviens votre débiteur de dix sacs. Le législateur vous fait défense, quand je vous réclamerai mes vingt sacs, de m'opposer en compensation votre contre-créance. Vous devrez me restituer totalement l'objet de mon dépôt.

La solution est, en effet, certaine, mais comment croire que le législateur ait entendu légiférer pour cette hypothèse absolument exceptionnelle? Sur quoi se fonder pour l'admettre et comment ne pas voir que cette explication est inacceptable, puisqu'elle n'a plus d'application possible dans les deux autres hypothèses de spoliation injuste et de prêt à usage que le législateur, cependant, mentionne en même temps et pour ainsi dire dans une même disposition!

A l'égard du prêt à usage, la même explication a pourtant été reprise. La prohibition de l'article 1293 s'appliquerait au cas où soit de l'argent, soit d'autres choses fongibles forment, par exception, l'objet d'un prêt à usage (2).

Mais l'erreur est manifeste, car des choses même consommables *primo usu*, si elles sont prêtées *ad pom-*

(1) Cf. Delvincourt, t. II, p. 578; Toullier, t. VII, p. 385; Duranton, t. VII, p. 448; Colmet de Santerre, t. V, n° 244 *bis*, VII; Aubry et Rau, t. IV, § 327, p. 233, note 2.

(2) V. Toullier, t. VII, p. 383; Cpr. Duranton, t. XII, p. 383.

pam et ostentationem, ne sont nullement des choses fongibles. Nécessairement le prêt à usage entraîne à la charge de l'emprunteur une dette de corps certain (1). Aucun doute n'est possible.

C'est du reste ce que reconnaissent, en général, les auteurs. La solution, juridiquement, est certaine, disent-ils ; mais il ne s'ensuit pas moins que les rédacteurs du Code ont visé cette hypothèse. Il y a eu erreur de leur part et, une fois de plus, ils ont fait confusion entre choses fongibles et choses se consommant par le premier usage ; c'est pourquoi ils ont posé dans l'article 1293 une règle absolument inutile en présence de l'art. 1291 (2). Mais pourquoi donc prêter aux rédacteurs du Code une semblable erreur juridique, comment et pourquoi prétendre, ici encore, qu'ils ont visé une hypothèse aussi exceptionnelle que ce prêt *ad pompam* de choses se consommant *primo usu* « une simple curiosité juridique » !

Laissons de côté ces tours de force ou ces jeux d'esprit « qui rappellent les Byzantins », dit avec raison M. Appleton. Le Code a voulu dire : pas de reconvention en pareil cas.

(1) « Le prêt à usage ou commodat, porte l'art. 1875 du Code civil, est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre, après s'en être servi. »

(2) V. Marcadé, sur l'art. 1293, n° 3 ; Desjardins, *op. cit.*, n° 122 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 244 *bis*, VIII ; Aubry et Rau, t. IV, p. 234, note 3.

Et voici le champ d'application de la prohibition. Elle interviendra, comme au cas de spoliation injuste, dans l'hypothèse où normalement la demande reconventionnelle de l'emprunteur serait recevable : si, par exemple, cette demande était la défense à la demande principale (celle-ci comprenant une réclamation de dommages-intérêts) ; ou bien encore si cette demande reconventionnelle était connexe à la demande principale (sans pourtant s'appuyer sur une créance née *ex eadem causa*, car dans ce cas la rétention est permise).

La prohibition s'appliquera encore si le dépositaire ou l'emprunteur, ayant détruit ou consommé la chose déposée ou empruntée, sont condamnés à la restitution de sa valeur. Et il le faut bien évidemment à moins d'aller, comme tout à l'heure, au cas de spoliation injuste, directement à l'encontre du but poursuivi par le législateur, à moins de mettre dans la main du débiteur un moyen facile d'éluder la loi.

C'est ce qu'avait déjà soutenu un auteur ancien, Delvincourt (1) ; mais son opinion n'a pas trouvé grâce devant les auteurs plus récents. Elle a paru divinatoire, sans doute à raison de son insuffisante justification.

Cette manière de voir, écrivent, par exemple, Aubry et Rau (2), qui ne concorde ni avec le texte du N° 2 de l'art. 1293, ni avec les explications données par les ora-

(1) V. t. II, p. 578.

(2) V. t. IV, p. 234. V. Toullier, t. VII, p. 383 ; Duranton, t. XII, p. 449 ; Cpr. Pothier, *Du prêt à usage*, n° 44.

teurs du Gouvernement et du Tribunal (1) doit être écartée par cette considération que le jugement qui condamne l'emprunteur à payer la valeur de la chose qu'il se trouve dans l'impossibilité de restituer en nature, substituant une dette de somme d'argent à celle d'un corps certain, lève par cela même le seul obstacle qui, d'après l'esprit de la loi, s'opposait à la compensation. Mais alors le dépositaire infidèle, le commodataire ingrat, ne vont point manquer de dissimuler l'objet déposé ou prêté et ils vont ainsi obtenir la compensation qu'ils désirent, au mépris du but certain de la loi ! N'est-ce pas le cas de rappeler, avec Merlin, le but éminemment équitable du législateur : « L'équité, disait-il, dans une plaidoirie, le 12 mai 1780, l'équité peut-elle souffrir qu'un créancier retienne, par forme de compensation, les deniers qu'il s'est procurés par une promesse formelle de les remettre ? Non : c'est l'équité elle-même qui a introduit la compensation ; c'est donc par l'équité que l'usage doit en être réglé, et conséquemment elle doit cesser dans tous les cas où elle ne pourrait avoir lieu sans blesser la bonne foi (2) ».

(1) Cf. Locré, *Lég.* XII, p. 385, n° 163, p. 486, n° 50.

(2) V. Merlin, *Rep. de Jur.*, t. II, p. 639 : Quelque faveur, continuait-il, que les lois civiles accordent à la compensation, elles ne veulent cependant pas qu'elle puisse jamais être admise par le juge dans les contrats nés de la confiance, comme le dépôt et le prêt à usage. « *In causa depositi compensationi locus non est* », porte une des sentences du jurisconsulte Paul, confirmée par la loi dernière, C. de *compensationibus*. La loi 4, C. de *commodato*, n'est pas moins

Mais, dit-on, le jugement intervenu produit un effet novatoire qui substitue une dette d'argent à la dette de corps certain. Peu nous importe. L'article 1293 nous dit lui-même expressément, en effet, que ce à quoi il s'attache, c'est aux *causes* de l'une et de l'autre dette. S'il prohibe ici la compensation, ce n'est pas à raison de l'objet de la dette du dépositaire ou du commodataire, c'est à raison de l'origine même de cette dette. Il ne veut pas que le dépositaire ou l'emprunteur tirent avantage d'une qualité qu'ils ne doivent qu'à la confiance de l'autre partie. Au surplus, comme on l'a remarqué, s'il fallait faire intervenir ici l'idée de novation judiciaire, il n'y aurait jamais à considérer la cause des obligations, puisque le jugement les mettrait toutes sur le même pied. Quant aux opinions émises aux travaux préparatoires, ce ne sont qu'avis individuels plus ou moins justifiés et qui ne sauraient prévaloir contre le but de la loi. Ce but est hors de doute, il n'y a point à s'inquiéter d'autre chose que de l'atteindre le plus complètement possible.

Dans les deux hypothèses que nous venons d'examiner, tout comme dans la précédente, nous concluons donc qu'il s'agit d'une prohibition non pas, à proprement parler, de la compensation, mais de la demande reconventionnelle qui tendrait à la compensation.

expresse : « *pretextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.* »

§ 3. — Dette d'aliments déclarés insaisissables.

Cette nouvelle restriction au domaine de la compensation ne pouvait manquer de prendre place dans la loi, car elle est d'une rigoureuse logique (1). Quand une personne a contre une autre une créance d'aliments déclarés insaisissables, ses créanciers n'ont aucune prise sur son droit, ils ne peuvent en saisir l'objet, notamment en faisant saisie-arrêt entre les mains du débiteur. Or, il est clair que, si ce débiteur lui-même prétendait se soustraire au paiement des aliments en invoquant la compensation, il ne ferait pas autre chose que de saisir sur lui-même la créance d'aliments de celui à qui il doit. Or cette créance est, de par la loi, en dehors de son droit de gage général.

Ce qui n'est pas susceptible d'être saisi par le créancier, en d'autres termes, ce dont la loi défend de dépouiller le débiteur malgré lui, ne saurait davantage faire l'objet d'une compensation, voilà l'idée du législateur. Cette idée nous apparaît de suite susceptible d'une application qui va dépasser de beaucoup les termes de la loi. Le législateur n'a, en effet, prohibé la compensation qu'à l'égard des créances d'aliments : cependant, il est certain que la raison de la prohibition n'est point

(1) Les textes romains sont absolument muets sur ce point mais la pratique ancienne, en dépit de ce silence, avait admis cette exception au domaine de la compensation. Cf. Appleton, *op. cit.*, p. 511 et les auteurs cités.

dans le caractère alimentaire de la dette, mais bien dans son caractère de dette insaisissable. C'est cette insaisissabilité qui est le véritable obstacle à la compensation. L'antinomie existe, mais nous n'avons pas d'hésitation : entre le texte ou l'esprit de la loi, c'est au dernier qu'il faut donner la préférence. L'interdiction de saisir, non seulement en matière d'aliments, mais partout où elle se rencontrera, emportera celle de compenser (1). Point de compensation par conséquent, à l'égard, soit des « provisions alimentaires adjudgées par la justice, » soit des sommes et pensions pour aliments lorsqu'elles ont été données ou léguées, encore que le testament ou la donation ne les déclare pas insaisissables, mais point de compensation davantage d'une façon plus générale à l'égard des « choses déclarées insaisissables par la loi » ou « des sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur (2).

La jurisprudence a fait, à maintes reprises, application

(1) A l'inverse, nous déciderons que, l'impossibilité de compenser étant subordonnée à la prohibition de saisir, la première cesse avec la seconde. La compensation aura donc lieu dans les cas où la saisie est exceptionnellement permise. V. C. proc. civ. art. 582. V. Duranton, t. XII, p. 453 ; Touillier, t. VII, p. 386 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 234, note 4.

(2) V. C. pro. civ. art. 581, Cpr. Colmet de Santerre, t. V, p. 446, n° 244 bis, X : « L'art. 581, du Cod. de proc. civ. ne restreint pas ce privilège aux créances d'aliments ; il contient une énumération plus large des choses insaisissables et, si le Code civil

de notre disposition ; c'est ainsi, par exemple, que des arrêts déclarent impossible la compensation entre une créance alimentaire du mari contre sa femme et une créance ordinaire de la femme contre le mari (1).

Impossible encore la compensation que voudraient invoquer les créanciers du père usufruitier légal dans la mesure où les revenus n'excèdent point les charges de l'usufruit, c'est-à-dire les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant (2). Impossible enfin la compensation, ont dit parfois les arrêts, à l'égard des créances dotales de la femme mariée : ce sont des créances analogues aux créances alimentaires, car elles ont une affectation particulière, l'entretien de la famille ; les admettre en compensation avec les dettes de la femme serait les détourner de leur destination et laisser en souffrance les intérêts qu'elles ont pour but de satisfaire (3).

L'assimilation peut certes paraître exagérée, elle était cependant intéressante à signaler, car nous y voyons un symptôme que le législateur a fait œuvre insuffisante. Suffisait-il, en effet, de prohiber la compensation

s'est borné à parler des aliments, c'est qu'il n'a pas pu prévoir tous les cas d'insaisissabilité qui seraient plus tard admis par le Code de procédure. »

(1) V. Trib. Bordeaux, 11 octobre 1895, Recueil Bordeaux, 20, 3, 1896.

(2) V. Colmar, 27 janvier 1835, S. 35, 2, 246.

(3) V. Cass. 16 août 1837, S. 37, 1. 800. 31 janvier 1842, S. 42, 1, 110.

à l'égard des dettes insaisissables? Non, le législateur aurait dû, ce nous semble, s'inspirer d'une pensée plus générale, que deux auteurs allemands, Dernburg et Eisele, ont surtout mis en lumière. C'est que la compensation doit être écartée toutes les fois que, si on l'admettait, la créance n'aboutirait pas au but que les parties se sont proposé en contractant.

Ordinairement, en effet, la compensation peut être admise sans inconvénient parce qu'elle atteint, tout aussi bien qu'un paiement réel, le but général que poursuivent les parties, mais il en peut être différemment. En général, écrit M. Appleton, dans toutes les obligations de donner, on fait complètement abstraction de la destination à laquelle le créancier compte affecter le paiement, du but qu'il se propose d'atteindre en acquérant une créance, on ne considère que le but immédiat et général de l'obligation, à savoir le transfert de la chose due dans le patrimoine du créancier. La compensation réalise parfaitement quoique indirectement ce but. Mais, quand on doit prendre en considération le résultat particulier que le créancier se propose d'atteindre, il est clair que si la compensation n'aboutit pas à ce résultat, il ne faut pas l'admettre; or, dans le cas de dette alimentaire, l'obligation révèle, par sa nature même, le but que les parties, aussi bien le débiteur que le créancier, se sont proposé en créant le droit en question. Ce n'est pas une pension quelconque qui est due au créancier, c'est une pension alimentaire. Eh

bien ! quand le débiteur de cette pension invoque la compensation, il donne sa créance en paiement de sa dette ; il fait entrer ainsi, il est vrai, la somme due dans le patrimoine du créancier, mais d'une façon qui empêche de réaliser le but visé (1) ».

Par conséquent, les aliments fussent-ils saisissables, la créance ayant pour objet ces aliments ne doit pas être admise en compensation. C'est la solution qui découle des principes du droit allemand, lequel part, comme on sait, moins d'une idée de saisissabilité ou d'insaisissabilité que de cette autre idée que l'obligation du créancier a reçu, de par la volonté des parties, une affectation particulière (2).

Après tout, la solution pourrait se soutenir même sous l'empire de la loi française, puisque notre législateur n'a point, comme nous l'avons dit, fait, en cette matière, œuvre impérative, mais interprétative de la volonté des parties, or l'intention des parties est d'exclure de la compensation toute dette d'aliments, insaisissable ou non.

Cette prédominance de la volonté des parties permet

(1) V. Appleton, *op. cit.*, p. 512.

(2) V. C. civ. allemand, art. 394. « Une créance insaisissable ne peut être éteinte par compensation. On peut néanmoins compenser les cotisations dues avec les sommes à payer par les caisses de secours, en cas de maladie ou de mort, les caisses de pauvres et particulièrement les caisses d'ouvriers et d'associations d'ouvriers (Knappschaftskassen). »

aussi, ce nous semble, de restreindre, à un autre point de vue, la prohibition légale ; nous voulons dire à l'égard des aliments du temps passé. « Il faut observer, dit Merlin, que ce n'est qu'à l'égard des aliments à venir, laissés par testament ou autrement, que la compensation ne peut être opposée, parce qu'elle serait contraire aux intentions du testateur ou de celui qui les a donnés. Mais il en serait autrement à l'égard des aliments du temps passé ; ceux-ci n'ont point de privilège, parce que celui à qui ils sont dus, ayant été nourri et ayant vécu d'ailleurs, ce qui peut lui être dû d'arrérages de sa pension alimentaire, n'a plus pour cause la nécessité de sa subsistance et ne mérite plus de faveur (1). » Nous n'apercevons pas de motifs pour ne point accepter cette solution.

De cette restriction relative aux dettes d'aliments déclarés insaisissables, nous pouvons en rapprocher une autre qui émane de considérations d'ordre semblable. C'est celle que formule la loi du 12 janvier 1895, loi relative, comme on sait, à la saisie-arrêt des salaires et petits traitements des ouvriers et employés. Le législateur déclare, en effet, que la compensation ne s'opérera point au profit des patrons, entre le montant des salaires dus par eux à leurs ouvriers, et les sommes qui leur seraient dues à eux-mêmes pour fournitures diverses, quelle qu'en soit la matière. Exception est faite

(1) Cf. Merlin, *Repert. jurisp.*, p, 648.

toutefois pour les outils ou instruments nécessaires au travail, pour les matières et matériaux dont l'ouvrier a la charge et l'usage, enfin pour les sommes avancées pour l'acquisition de ces mêmes objets (1).

On aperçoit que la compensation est ici reconnue dans des hypothèses où la créance du patron aura pour objet un corps certain. C'est une dérogation aux principes de l'art. 1201.

§. 4. — Contributions dues à l'Etat.

Cette nouvelle hypothèse où, par exception, la compensation n'est point admise, n'a point fait l'objet d'une disposition légale; l'article 1293 la passe sous silence, mais elle n'en est pas moins certaine. Son existence a été reconnue lors des travaux préparatoires et, si l'exception n'a point été formellement rappelée dans l'article 1293, c'est qu'elle a paru étrangère au droit civil. Il est clair, en effet, qu'elle se rattache plus intimement aux règles qui président à l'organisation des finances publiques (2).

(1) V. l'article 4 de la loi et l'art. 5 qui ajoute : « Tout patron qui fait une avance en espèces, en dehors du cas prévu par le paragraphe 3 de l'article 4 qui précède, ne peut se rembourser qu'au moyen de retenues successives, ne dépassant pas le dixième du montant des salaires ou appointements exigibles. »

(2) V. La discussion au conseil d'Etat, Locré, *Lég.* XII, p. 186, n° 15. Cf. Cass. 8 vendém., an XIV, S. 6, 2, 707. Cass. 11 mai 1807, S. 7, 2, 745.

L'exception est, du reste, fort ancienne, puisque déjà en droit romain, le fisc et les cités jouissaient, à l'égard de la compensation, de dispositions de faveur (1). Il faut bien reconnaître que cette faveur est pleinement justifiée. On conçoit très bien, en effet, que la loi fasse une obligation aux particuliers de payer leurs dettes avec leurs créances, de ne rien recevoir sur ce qu'ils réclament quand ils doivent autant d'autre part. Nul n'est intéressé à ce qu'un tel procédé de remboursement soit écarté. Mais, tout autre est la situation, si nous considérons la dette d'impôts, de contributions. Les sommes à percevoir par l'Etat ont ici une affectation déterminée, non plus spéciale à tel ou tel individu mais générale, s'adressant à tous. L'Etat a des obligations, des devoirs envers tous ses ressortissants dont il doit assurer la sécurité et la vie, il faut avant tout que ces intérêts généraux reçoivent satisfaction et c'est là le but de l'impôt. L'Etat ne saurait être contraint, pour payer ses dettes, à faire abandon de créances dont l'objet a pour but la sauvegarde, la vie de tous ses sujets. Voilà pourquoi les dettes d'impôts soit directs, soit indirects ne sauraient entrer en compensation.

Le principe est hors de doute, mais il faut se garder d'en exagérer la portée. Il est des hypothèses, en effet, où l'Etat se trouve débiteur ou créancier et où ces idées que nous venons d'émettre ne sauraient aucunement

(1) Cf. Appleton, *op. cit.*, p. 514 et suiv.

intervenir. Ce sont les hypothèses où l'Etat agit comme personne privée, comme le feraient de simples particuliers. La compensation y doit redevenir et y redeviendra en effet possible. Encore faudra-t-il cependant que, dans l'espèce, l'Etat se trouve représenté par la même régie et que la compensation ne porte pas atteinte aux règles de la comptabilité financière (1).

L'administration a même parfois été plus loin et elle a admis la compensation, lorsqu'il s'agissait de droits véritables dus à l'Etat. C'est ainsi qu'en présence de deux actes intéressant une même personne et une même administration et donnant lieu l'un à une restitution l'autre à la perception d'un droit, la compensation a été admise dans les termes du droit commun (2). Mais c'est là une hypothèse tout à fait exceptionnelle. Seul le cas où l'Etat est créancier ou débiteur à la façon des particuliers reste véritablement pratique et laisse à la compensation un certain champ d'application, sous les réserves que nous y avons, du reste, apportées.

Le Code civil allemand a prévu expressément l'hypothèse et a consacré des principes semblables. L'article 395 porte en effet : « La compensation n'est reçue contre les créances de l'Empire ou d'un Etat confédéré,

(1) Cf. Merlin, *Rep.* V. compensation, § 3, n° 3. Toullier, t. VII, p. 379 ; Desjardins, *op. cit.*, n° 146. Aubry et Rau, t. IV, p. 235, texte et note 7.

(2) Cf. délibération du 27 mars 1827, S. 33, 2. 257.

et contre les créances d'une commune ou d'une autre union communale, que lorsque la prestation doit se faire par la caisse en laquelle doit être acquittée la créance de celui qui oppose la compensation. »

§ 5. — La compensation en matière de faillite.

La question se pose de la façon suivante : Le jugement déclaratif de faillite a, comme on sait, pour résultat de rendre immédiatement exigibles toutes les dettes passives non échues du failli (1). Les biens du failli vont être liquidés au profit de tous les créanciers qui viendront en concours sur les sommes ainsi produites. Or, supposons que l'un des créanciers soit en même temps débiteur du failli, ce créancier sera poursuivi par le syndic en paiement de ce qu'il doit, eh bien, ne pourra-t-il pas, pour faire repousser cette demande du syndic, invoquer sa créance ; ne pourra-t-il pas, en d'autres termes, opposer la compensation ?

La question ne se pose point du reste pour le seul créancier dont la créance n'eût été exigible que postérieurement à la date d'ouverture de la faillite, elle se pose encore pour le créancier antérieur à cette ouverture, mais dont la dette est non liquide.

La solution est, chez nous, hors de doute. Non, le créancier du failli ne pourra pas invoquer la compen-

(1) V. C. com. art. 444.

sation. Ce fait qu'il est tout à la fois créancier et débiteur du failli ne le soustrait pas à la loi commune. Comme tout débiteur du failli, il lui faudra payer à la masse la totalité de sa dette : comme tout autre créancier du failli, il fera ensuite valoir sa créance et sera soumis à la loi du dividende (1).

Etant donné ce que nous savons de la conception du législateur en matière de compensation, la solution s'imposait. La compensation s'analyse, en effet, en un paiement ; or, le dessaisissement rend tout paiement

(1) Cf. Cass., 27 juin 1876, S. 77, 1, 241, Cass., 16 août 1875, S. 75, 1, 444. Déjà un arrêt du 12 février 1811 avait posé les principes exacts sur ce point en cassant un arrêt de la Cour de Bruxelles qui les avait méconnus... « Attendu que les articles ci-dessus rapportés (1291 du code civil, 443 et 446 du Code de Com.) qui ne font que rappeler les dispositions des lois anciennes, exigent pour opérer la compensation de deux créances, qu'elles soient également liquides et exigibles, qu'il est reconnu du procès que le défendeur était débiteur du failli d'une somme échue lorsque ce dernier a fait faillite et qu'il ne présente pour éteindre cette créance, par la voie de la compensation que des effets de commerce de ce même failli, dont il était devenu porteur par voie d'endossement, qui n'étaient pas échus le jour de l'ouverture de la faillite, et dont il n'aurait pas su retirer le paiement par anticipation dans les dix jours qui l'ont précédée, que si ces effets du défendeur ne sont devenus exigibles que par la faillite, ils ont été atteints par elle. » V. cet arrêt dans S. 11, 1, 141. V. cass., 17 février 1823, S. 24, 1, 82 ; Lyon, 25 janvier, 1825, S. 25, 2, 126. La solution est, en effet, impérieusement commandée par l'art. 446, alin. 3 du C. de com. qui déclare : « nuls et sans effet relativement à la masse tous paiements soit en espèces, soit par transport, vente, *compensation* ou autrement... »

impossible de la part du failli. Par le jugement déclaratif de faillite, les biens du failli, ses droits sont pour ainsi dire saisis au profit des créanciers. Ils sont même saisis, en quelque sorte rétroactivement, puisque la loi établit une période suspecte durant laquelle les actes du failli pourront ou même devront, suivant les cas, être anéantis. Il en est ainsi des paiements faits par le failli, il n'en pourrait être autrement de la compensation, puisqu'elle eût abouti, tout comme un paiement et quoique indirectement, à la satisfaction individuelle d'un créancier au détriment des autres, à la méconnaissance des droits de la masse, c'est-à-dire finalement à la violation de ce principe d'égalité entre créanciers qui est l'âme de la faillite (1).

(1) Cf. Thaller. « Les faillites en droit comparé », t. II, p. 36, 128 : « En droit français, la doctrine est ferme. Lorsque la compensation n'a pas encore produit ses effets au moment où s'ouvre la faillite, et qu'à cette date, les deux dettes ne sont pas, l'une et l'autre, liquides et exigibles, c'est en vain que le créancier voudrait s'en prévaloir, force lui est de régler la totalité de son dû et de ne produire qu'au pied du dividende. Solution assez logique pour qui analyse la compensation en double paiement : *compensatio est instar solutionis*. Comment, en effet, supposer que le créancier a touché des mains du failli la somme à laquelle il prétendait, en échange des fonds dont il était personnellement redevable, alors que le dessaisissement survenu rend irréalisable ce double transfert d'espèces ? » V. Aubry et Rau, t. IV, p. 228, texte et note 15 : « L'exigibilité résultant de la faillite, disent-ils, ne peut jamais entraîner de compensation. La raison en est qu'au même instant où la dette, non encore échue, devient exigible par suite du jugement

Encore une fois, la solution est incontestable et le système semble, au premier abord, se tenir à merveille. Un fait s'est produit, cependant qui permet de douter que cette manière de trancher la question soit législativement la meilleure. Tout au moins et pour ne rien exagérer, est-il permis de penser que la disposition de notre loi est beaucoup trop absolue et générale. Ce fait, c'est qu'en maintes circonstances, la jurisprudence a fait brèche aux principes dont elle-même avait proclamé l'existence.

Pourquoi ces réserves, ces solutions limitatives de la règle posée, sinon parce que cette règle s'est trouvée insuffisante et inexacte ? Et de fait, cette prohibition de toute compensation en matière de faillite conduirait, s'il fallait l'admettre en toutes hypothèses, à des solutions absolument injustes.

Une hypothèse s'est présentée plusieurs fois devant les tribunaux qui est particulièrement saisissante, c'est celle de la femme d'un commerçant marié sous le régime de communauté et qui vient à tomber en faillite. Supposons cette femme créancière de reprises et débi-

déclaratif de la faillite, le paiement ne peut plus en avoir lieu au préjudice des droits acquis à la masse des créanciers du failli.... », «..... La compensation légale, écrit aussi M. Saleilles, est un paiement effectué par la force même de la loi et la loi ne peut pas se mettre en contradiction avec elle-même, elle ne peut opérer le paiement là où elle le défend, et c'est précisément le cas, après ouverture de la faillite ». V. Obligation, p. 49.

trice de récompenses à raison de ses reprises. Par exemple, le mari a fait des dépenses pour l'immeuble de sa femme et pour le payer il a vendu avec son consentement un autre immeuble de celle-ci ; évidemment tant que dure la communauté, les obligations réciproques n'étant ni liquides, ni exigibles, la question ne se pose pas ; mais, supposons que la faillite ayant été déclarée, la femme demande la séparation de biens, elle sera désormais soumise aux règles de la faillite. Va-t-on, en conséquence, la contraindre à payer la totalité des récompenses qu'elle doit et la soumettre à la loi du dividende pour sa créance de reprises ?

La solution serait injuste au premier chef. Aucune faute, comme on l'a dit, n'est imputable à la femme, puisqu'elle ne pouvait auparavant réclamer la liquidation des obligations réciproques nées entre elle et son mari. Sans doute, elle avait la ressource de la séparation de biens ; mais, était-il dans son rôle de donner le signal de la cessation des paiements qu'elle savait prochaine (1). C'est ce qu'ont senti les tribunaux ; aussi, dans une hypothèse semblable, ont-ils fait échec au principe d'égalité entre créanciers d'une faillite et admis la compensation. Le mot n'est point toutefois dans les arrêts, ceux-ci argumentent plutôt du caractère connexe des deux obligations en présence, ils voient, dans

(1) Cf. Colzy, De la condition de liquidité dans la compensation, p. 79.

la créance de reprises et la dette de récompenses, les éléments d'un compte unique et indivisible dont il importe seulement de considérer le résultat, le reliquat définitif (1). Mais cette atténuation dans l'expression de la pensée s'explique par l'hésitation qu'ont eu les tribunaux à écarter des principes qui jusque-là leur étaient apparus comme absolus et intangibles.

Si l'on va au fond des choses, le doute n'est pas possible, c'est de compensation qu'il s'agit ici et c'est ce qu'a magistralement exposé M. Labbé en fournissant en même temps la justification de cette solution (2).

« Pour nous, dit-il, il ne nous paraît pas possible de nier la compensation. La femme est créancière pour

(1) V. Caen, 27 juin 1874, S. 79, 2, 145, où nous lisons : Attendu que, lorsqu'il s'agit après la dissolution de la communauté, d'établir les reprises de la femme ou les récompenses par elle dues, ces reprises et ces récompenses ne sauraient être évidemment considérées comme des dettes distinctes, indépendantes les unes des autres, soumises aux règles de la compensation, et spécialement aux effets que peuvent produire relativement à l'application de ces règles, des incidents de la faillite, qu'elles constituent les éléments d'un compte unique et indivisible, dont le reliquat final est seul à considérer. » Amiens, 16 mars 1177 ; Cass., 3 mars 1891, *Journal des faillites*, 1891, p. 177 : « Attendu, que le mari, administrateur légal, mandataire imposé à la femme par la loi, doit être nécessairement appelé à rendre compte de tout ce qu'il a touché ou payé pour elle, la balance de ce compte étant destinée à déterminer lequel des deux reste créancier... »

(2) V. Labbé, note sous l'arrêt précité de Caen, 27 juin 1874, S. 79, 2, 145.

certaines causes ; elle est débitrice pour d'autres causes, et, si la balance la déclare définitivement et uniquement créancière ou débitrice d'une somme diminuée, c'est parce qu'elle est réputée avoir payé ce qu'elle devait avec ce qui lui était dû. C'est, à notre avis, substituer des mots trompeurs à la réalité que de parler d'un compte individuel et d'éléments qui se pénètrent et se confondent, au lieu de reconnaître l'existence d'obligations distinctes qui s'éteignent réciproquement jusqu'à due-concurrence par la vertu de la compensation. Il faut aller plus loin, il faut décider que la faillite ne met pas obstacle à la compensation des dettes dérivant d'une même cause et cette cause, c'est la responsabilité du mari. C'est le même fait, c'est l'administration du mari : c'est la responsabilité qui en découle qui est l'*eadem causa* des deux obligations : Il les faut compenser. Les obligations comprises dans le compte de communauté ont une source commune ; elles obéiront à une loi commune pour leur liquidation. Il n'importe que ces obligations réciproques ne soient pas encore susceptibles de compensation légale ; il n'importe pas non plus que les règles ordinaires de la faillite fassent obstacle à la compensation ; il s'agit de créances et de dettes ayant une cause connexe ; elles subiront le même sort. »

Pourquoi cela ? « C'est, comme l'a dit encore M. Labbé, qu'il est une égalité plus nécessaire en justice que toutes les autres et spécialement que l'égalité entre créan-

ciers, c'est celle qui doit exister, entre les parties qui ont contracté ensemble, qui, ayant fait une opération à titre onéreux et comptant sur l'équivalent des valeurs échangées ont, dans cette équivalence même, une garantie contre l'éventualité d'une perte. C'est le principe de la compensation *ex eadem causa*, motivée par l'unité de rapport contractuel ou quasi-contractuel qui embrasse des obligations réciproques, elle doit être observée nonobstant l'état de faillite de l'une des parties ». Les deux prestations se sont, en effet, formées avec caractère particulier, celui de la réciprocité de l'indivisibilité, un lien de cause à effet les unit. Il serait contraire à toute justice que l'une des parties puisse contraindre l'autre à l'exécuter en prétendant de son côté ne fournir à celle-ci qu'une prestation partielle (1).

La jurisprudence a fait, du reste, en bien d'autres circonstances, application de ces idées. Voici, par exemple, une succession qui échoit à plusieurs héritiers. L'un d'eux est tenu d'effectuer un rapport à la masse ; après l'ouverture de la succession, cet héritier est mis en

(1) V. Pardessus. « Ces principes sur la compensation légale ne sont point applicables au cas où l'une et l'autre dette, quoique non liquides ou bien quoiqu'exigibles à des époques différentes dérivent du même titre et sont corrélatives ». Thaller, *op. cit.*, t. II, p. 36 : « Lorsque l'intention originaire des contractants était de liquider plus tard les deux dettes simultanément, et l'une dans l'autre en quelque sorte, cette volonté pourra se réaliser malgré la faillite ; c'est ce qui arrive journellement en cas de compte-courant. »

faillite. Les créanciers de la masse seront-ils admis à prétendre recueillir toute la part du failli dans la succession et à n'offrir le rapport qu'en monnaie de faillite c'est-à-dire qu'en dividende ? Certainement non.

Le rapport se fera en moins prenant, ce qui est une sorte de compensation. La masse ne recueillera que l'excédent des biens dont le failli hérite sur le montant du rapport dont il est tenu. C'est qu'ici encore droits et obligations de l'héritier ont une même et unique origine, l'acceptation de la succession. C'est ce fait qui produit les uns et les autres. Or, entre les autres héritiers et l'héritier failli tenus d'obligations réciproques, la situation doit être égale, les premiers ne sauraient être tenus de supporter l'exercice du droit héréditaire entier de leur cohéritier et de ne recevoir de lui qu'un rapport partiel. Le contrat ou le quasi-contrat intervenu doit s'exécuter des deux côtés pour le tout. Les cohéritiers, créanciers du failli, échapperont donc à la loi du dividende.

Une autre application de la même idée a été faite par la jurisprudence en matière de compte. Par exemple, un commanditaire a effectué son apport social et fait des avances à la société, d'autre part ces avances ont entraîné des frais qui restent à la charge du commanditaire. Celui-ci est donc tout à la fois débiteur et créancier de la société. Les choses étant en l'état, la société est déclarée en faillite. La cour de Cassation déclare que, malgré la faillite de la société, la compensation

doit être considérée comme s'étant opérée. De même voici un entrepreneur de constructions qui est mis en faillite : l'un de ses clients qui lui est redevable, est actionné en paiement de travaux faits pour lui, mais ce client prétend que les travaux ont été faits en retard et, de ce chef, il fait condamner l'entrepreneur à lui payer une indemnité ; eh bien, le client pourra invoquer cette créance et l'opposer en compensation sur l'action dirigée contre lui par le syndic de la faillite. Le syndic, a jugé la cour de Cassation, ne pourra exiger le versement intégral des sommes dues au failli pour le règlement de son mémoire, sauf à admettre le propriétaire au passif de la faillite pour l'indemnité totale qui lui est due. Il y a lieu de faire compte entre les parties de ces divers éléments dont le *reliquat* sera porté à l'actif ou au passif (1).

A plus forte raison, la solution est-elle certaine en matière de comptes-courants. § De par la volonté des parties, les créances ont, en entrant dans le compte-courant, perdu leur individualité propre ; elles se sont fondues en un tout indivisible dont les éléments ne sont plus séparables. Plus de règlement partiel, mais un règlement *in globo*, à la fin du compte. Plus de compensation relativement à tels ou tels articles du compte, mais une compensation d'ensemble à la cessation des relations d'affaires qui existaient entre les parties. La

(1) V. Cass. 16 mars 1892, Pand. fr, 1892, I, 417.

faillite de l'une d'elles survenant, il ne s'agit donc plus de vouloir considérer à nouveau, d'une façon distincte et séparée, les dettes entrées dans le compte, il ne s'agit pas davantage de considérer d'un côté le débit du compte et de l'autre le crédit. Avant tout, c'est la balance qu'il faut faire pour dégager le solde final, car, c'est ce solde et pas autre chose que les parties ont eu en vue. Alors qu'elles étaient pleinement capables de faire entre elles la convention de compte-courant, c'est cette compensation d'ensemble qu'elles ont voulu. En dépit de la faillite survenue, leur volonté doit être obéie, à raison de l'unité, de l'indivisibilité de l'opération qu'elles ont faite. La compensation s'impose donc ici, comme elle s'impose dans les hypothèses précédentes que nous avons examinées.

Elle sera faite d'abord et le solde qui en résultera, figurera seul à l'actif ou au passif de la faillite. C'est sur ce solde uniquement que viendront jouer, pour ainsi dire, les règles ordinaires de la faillite. Le compte-courant laisse-t-il finalement un solde débiteur au passif du tiers qui était en compte avec le failli ? ce tiers devra payer à la faillite le montant total de ce solde. Le solde est-il, au contraire, au passif du failli ? son créancier subira la loi commune et, le cas échéant, ne recevra qu'un dividende. Ces deux solutions ne peuvent choquer évidemment, car elles ne sont que l'application du droit commun de la faillite, application que rien ne saurait empêcher, le compte-cou-

rant n'existant plus au moment où elle intervient.

Il suffisait d'ailleurs de les signaler pour montrer, du même coup, sans qu'il soit besoin d'insister outre mesure, tout l'intérêt de la question. Il est clair, en effet, que la situation d'un débiteur du failli sera finalement bien différente suivant qu'il pourra ou non régler par compte-courant tout ou partie de ce dont le failli, à son tour, lui est redevable. Si, par exemple, je dois 1200 à Pierre qui est en faillite, et que celui-ci me doive 600, le tout en vertu d'un compte-courant, la balance étant faite, je ne devrai payer à la masse que 600. Si nos deux dettes n'ont point semblable origine, je devrai payer la totalité de ma dette soit 1200, après quoi, je viendrai au marc le franc pour ma créance, sur le montant de laquelle je ne recevrai qu'un dividende peut-être infime.

Renversons les chiffres et nous apercevons l'intérêt de Pierre failli à invoquer le compte-courant ; au lieu de 1200, c'est 600 seulement qu'il me devra.

Mais inutile d'insister davantage. Il nous suffit d'avoir signalé ces solutions. Comme nous l'avons dit : elles sont pleinement rationnelles et commandées par la plus élémentaire équité. Est-ce à dire que l'équité soit leur seul appui et devons-nous considérer qu'en les consacrant, la jurisprudence a fait œuvre prétorienne ? Nous ne le pensons pas.

D'abord si nous écartions de toutes les hypothèses que nous venons de signaler, l'intervention d'une mise

en faillite, aurions-nous quelque difficulté à admettre la compensation ? Aucune et cela pour une raison sur laquelle nous n'avons plus à insister, l'ayant fait déjà. C'est que le législateur n'a pas entendu édicter en cette matière des dispositions légales de caractère impératif et intangible ; il n'a point enlevé aux parties la faculté d'y déroger. C'est donc, avant tout, cette volonté des parties que le juge doit rechercher. Là où il constate que telle ou telle condition ordinaire de la compensation par exemple, la condition de liquidité a été mise de côté par les parties, il ne saurait lui, s'y attacher.

Que si maintenant nous supposons l'une des deux parties déclarée en faillite, nous ne croyons pas davantage que les textes légaux nous contraignent à faire appel à d'autres principes. Sans doute, ce qui ressort des textes relatifs à la faillite, c'est la consécration de la grande loi d'égalité entre les créanciers et, par conséquent, la prohibition de la compensation. Que le débiteur du failli paie toute sa dette et, s'il est en même temps créancier, qu'il ne touche qu'un dividende sur sa créance, voilà bien la loi. Mais, en vain se réclamerait-on de sa généralité, le législateur n'a pas méconnu et ne pouvait méconnaître qu'à ces principes généraux, des dérogations s'imposaient, nécessaires parce que tenant à la nature, à l'essence même des choses. Or, dans toutes les hypothèses précédentes, un élément intervient qui rejette fatalement au second

plan cette loi d'égalité entre créanciers du failli, c'est le caractère synallagmatique de la convention intervenue entre les deux parties. Les contractants ont entendu que l'un ne sera pas obligé de payer d'abord, pour réclamer ce qui lui est dû plus tard et en monnaie dépréciée. Ils ont fait des deux prestations un tout unique et indivisible. Le législateur ne peut rien contre la convention ainsi intervenue, si ce n'est, le cas échéant, la détruire radicalement. Mais il ne lui appartient pas de dénaturer ce contrat synallagmatique en le brisant en deux rapports unilatéraux. Et le législateur n'a pas besoin de déclarer qu'il se conforme à ces principes ; à moins de faire œuvre irrationnelle et injuste au premier chef, il ne saurait y faire échec.

Ne disons donc point que la jurisprudence a mille fois raison sur le terrain législatif, mais ne disons point davantage qu'elle a brisé le cadre trop étroit des textes et distingué là, où ceux-ci ne distinguaient pas. Ce serait là faire une véritable erreur. Pratiquement l'œuvre de la jurisprudence est excellente cela est certain, mais théoriquement et légalement elle n'est pas moins justifiable. La prohibition de la compensation, au cas de faillite, n'était absolue qu'en apparence. La jurisprudence a su voir, à maintes reprises, qu'il était des cas, où même en présence de la faillite, la compensation devait être admise à raison, comme nous l'avons dit d'après M. Labbé, de *l'eadem causa*, de l'unité de rapport contractuel ou quasi-contractuel qui

embrasse les deux obligations réciproques. Rien de mieux, nous souscrivons à ces solutions.

Il en est une autre à laquelle nous souscrivons également et pour les mêmes motifs, c'est la solution, consacrée parfois par la jurisprudence, relativement à la compensation survenant dans la période suspecte, solution suivant laquelle les parties, d'un commun accord, peuvent provoquer la compensation pendant la période suspecte et cela, même en dehors de toute liquidité des dettes à compenser.

Sans doute, en effet, la compensation que feraient les parties, en dehors de toutes conditions d'exigibilité, de liquidité, de fongibilité, étant alors purement conventionnelle, tomberait sous le coup de l'article 446 du Code de Commerce et serait nulle de droit.

Les parties ne sauraient décider, par exemple, que la dette à terme sera considérée comme exigible. Ce serait, sous le masque d'une compensation conventionnelle, procéder au paiement d'une dette en réalité non échue.

De même, la compensation légale, restant soumise à la nullité facultative édictée par l'article 447, pourra être repoussée par le juge, si la partie qui l'invoque connaît l'état de cessation de paiements de l'autre partie.

Mais, nous nous plaçons en dehors de ces circonstances : les parties n'ont point agi avec intention frauduleuse, elles n'ont point entendu, par la compensation, avantager un créancier au détriment des autres, elles

ont voulu simplement faciliter la liquidation d'une opération préexistante parfaitement sérieuse. C'est cette liquidation par compensation que nous déclarons pleinement valable. Le créancier qui, ignorant de l'état de cessation de paiements, eût pu agir en justice pour réclamer son paiement, pourra invoquer la compensation légale et cela, en dépit de la non-liquidité de la créance invoquée.

Il le pourra parce que, dans notre conception française, les deux parties ont pu convenir, « ab initio », que la compensation légale s'effectuerait entre leurs dettes réciproques, en dehors de toute liquidité, or dès que les parties en ont ainsi décidé loyalement, sans aucune intention frauduleuse, leur volonté doit être respectée. Chaque partie est en droit d'invoquer cette compensation facilitée, alors même que l'autre serait depuis lors en état de cessation de paiements.

De par les faits préexistants, la nature des choses, la compensation légale doit s'opérer, la survenance de la période suspecte ne peut l'empêcher. « L'illiquidité, a-t-on dit très justement à notre avis, ne doit pas être un obstacle absolu à cette compensation, et il serait tout à fait rigoureux de déclarer que, faute de liquidité, la compensation par conséquent le paiement ne pourra pas s'opérer. Oui, les paiements par compensation conventionnelle sont irréguliers; ils tombent sous le coup de l'article 446 et sont nuls de droit. Mais, malgré l'illiquidité des dettes, nous sommes en présence d'une

compensation légale qui peut s'accomplir en temps suspect, quand elle est annoncée par la marche naturelle des choses. Or quoi de plus naturel que de liquider une créance? En quoi cela suppose-t-il une intention de fraude? Nous dirons donc, avec M. Labbé, que cette compensation est à l'abri de la critique tout autant que le règlement qui l'a précédée et le paiement de l'excédant qui l'a suivie, c'est-à-dire valable en principe, réserve faite de la fraude à prouver (1). »

De même, nous admettrions la possibilité pour les parties de hâter la liquidation d'un compte-courant en période suspecte, à la condition d'avoir des raisons sérieuses de le faire et à la condition que l'état de cessation de paiements fût ignoré du correspondant du failli. Les raisons sont identiques, en effet, il s'agit toujours de donner plein et entier effet à la volonté des parties, lorsque la liquidation nécessaire pour permettre la compensation n'est que l'exécution précise et sans modification de contrats faits avant la cessation des paiements (2).

*
* *

Et maintenant, si, connaissant les règles de notre droit français sur la compensation en cas de faillite,

(1) Cf. Colzy, *op. cit.*, p. 88, 89. V. Cass., 26 juillet 1881, S. 82, 1, 73.

(2) Cf. Colzy, *op. cit.*, p. 98-99.

nous jetons un regard sur les dispositions correspondantes du droit allemand, nous constatons, entre ces dispositions et les nôtres, une opposition complète. La faillite de l'une des parties, en droit allemand, ne met aucun obstacle à la compensation.

La solution est du reste parfaitement logique. Si, en effet, en Allemagne comme chez nous, la compensation est un paiement, elle est aussi pour les allemands quelque chose de plus, une garantie, une sûreté. Chaque partie a, dans sa dette, un gage qui lui assure le règlement de sa créance par préférence à tous autres. Tant qu'elle ne sera point payée, elle ne se dessaisira par des deniers qu'elle doit, elle exercera sur eux un droit de rétention découlant de son droit de gage. Or, c'est un principe de droit allemand, comme de droit français, que les créanciers gagistes et, plus généralement, les créanciers privilégiés restent étrangers à la faillite. Les garanties qui leur ont été spécialement accordées les soustraient à la loi du dividende. La solution du droit allemand, en matière de compensation, n'est qu'une application particulière de ce principe général. Malgré la faillite survenue, la compensation se produira (1).

Est-ce à dire que le droit allemand soit la consécration du système que, tant au point de vue rationnel que sur le terrain des textes français, nous avons précé-

(1) Cf. R. Saleilles, *Obligation* p. 48 et les références.

demment dégagé ? Nullement et c'est pourquoi nous estimons, sur ce point, notre système beaucoup plus exact et juridique. Le principe allemand, en effet, est absolu : la compensation a lieu, malgré la faillite de l'une des parties, en toutes hypothèses, c'est-à-dire même si les deux dettes ne sont point connexes, ne découlent point du même fait, de la même cause. Or c'est là une solution, à notre estime, peu justifiable.

La grande loi de la faillite reste, en effet, quoiqu'on fasse, la loi de l'égalité entre créanciers et pour y porter atteinte, il faut une raison impérieuse, or cette raison que nous apercevons fort bien quand les deux dettes à compenser sont nées *ex eadem causa*, nous ne la voyons aucunement si les deux dettes sont nées de causes absolument différentes, et n'ont entre elles aucun rapport.

Aussi bien nous retrouvons ici, cette exagération de la loi allemande que nous signalions dès le début : cette supposition qui constitue la base même du système, à savoir qu'une convention de gage tacite est intervenue entre les parties. Si le créancier s'est engagé envers son débiteur, c'est qu'il a considéré que cette dette serait la garantie de sa créance, et de même, si le débiteur a bien voulu devenir créancier de son créancier, c'était parce que sa dette lui serait un moyen assuré de recouvrer sa créance. Suppositions vraisemblables, si l'on veut la plupart du temps, mais suppositions qui peuvent aussi se trouver complètement en défaut, ce qui arrivera,

comme nous l'avons dit, quand la dette d'une des parties sera née d'un fait non intentionnel, d'un quasi-délit ou d'un quasi-contrat.

Dans une hypothèse semblable, le système allemand manque de base juridique. Il nous paraît également douteux que ce soit chose juste que de soustraire ainsi un créancier du failli à la loi du dividende par cela seul que ce créancier se trouvera également débiteur du failli ; nous ne voyons pas en quoi cette seconde qualité doit améliorer sa situation, si les deux qualités de débiteur et de créancier découlent de faits sans rapports entre eux. Il ne suffit pas évidemment d'invoquer l'intérêt d'un semblable créancier, qui est absolument contrebalancé par l'intérêt des autres. — Le système français, tel que nous l'avons compris et développé, nous paraît finalement de beaucoup préférable au système allemand. Tout au plus pourrait-on désirer que les solutions auxquelles nous avons abouti soient plus clairement exprimées dans les textes ; encore faut-il observer que le législateur ne saurait tout dire, que sa mission consiste surtout à poser des principes généraux dont il appartient à la doctrine et à la jurisprudence de fournir le développement au mieux de la logique et de l'utilité pratique.

§ 6. La compensation en matière de titres à ordre.

La difficulté s'est présentée en jurisprudence d'une façon très simple, notamment en matière de chèques.

Voici un individu qui porteur d'un chèque créé à son profit se présente chez le tiré et lui demande paiement. Mais ce porteur, créancier du tiré en vertu du chèque est aussi devenu son débiteur pour d'autres causes, le tiré peut-il invoquer contre lui la compensation ?

Oui, a-t-on dit parfois. Les circonstances étant celles que nous venons d'indiquer, les deux créances existent, réciproques, entre les mêmes parties, dès lors qu'elles réunissent également les autres conditions légales, la compensation s'opère de plein droit.

Immédiatement ce raisonnement appelle une réserve ou mieux une précision nécessaire : elle concerne la date même à laquelle se sera produite dans une semblable hypothèse la compensation légale. Il faudrait, en effet, bien se garder de considérer la compensation dont il s'agit comme opérée dès la création du chèque. La Cour de Dijon dans un arrêt du 6 mai 1887 nous paraît avoir commis cette erreur (1). Et pourtant n'est-il pas évident qu'une semblable manière de voir doit être écartée ? Quelle est donc, en effet la nature même du chèque ? C'est un titre à ordre, or, est-ce que dans un titre semblable, le porteur est, par le seul fait qu'il détient le titre, créancier véritable et incommutable du tiré ? Non point. La vérité est que tant que le titre circule, le droit de créance qui en résulte n'est fixé sur la tête d'aucune personne déterminée.

(1) V. S. 88, 2, 5 et Mouchet, De la compensation dans les chèques. Annales de D. Com., 1889, t. II, p. 39 et suiv.

Il existe bien, si l'on veut, sur la tête de chaque personne successive, mais il y est comme paralysé, il n'y est qu'en puissance. Il faut autre chose pour que ce porteur puisse être considéré comme véritable créancier, il faut qu'il ait présenté le titre au tiré et qu'il lui ait réclamé son paiement.

C'est donc à ce moment, qu'une compensation, si elle est possible, pourra intervenir. Mais est-elle possible dans la situation sur laquelle nous raisonnons ; voilà le problème.

Il est un cas où la solution nous paraît facile, c'est celui où la provision qui a dû exister au moment de l'émission du chèque, consistait en fonds déposés chez le tiré. Alors, en effet, comment douter que la compensation ne soit pas interdite au tiré ? L'article 1293 est en effet formel : la compensation est exclue dès qu'il s'agit de la demande en restitution d'un dépôt (1). Or le paiement que le tiré ne pourrait refuser au tireur du chèque lui-même, il ne saurait le refuser davantage au porteur du chèque, titre à ordre qui investit son détenteur des mêmes droits qui ont appartenus à celui qui l'a créé.

Mais que dire si cette circonstance de fonds ayant fait l'objet d'un dépôt, ne se rencontre plus, si la provision consiste en une créance exigible quelconque contre le tiré ?

(1) V. *supra*, p. 124.

Dans cette hypothèse la compensation sera-t-elle possible ?

Au premier abord l'affirmative paraît aller de soi, toutes les conditions nécessaires à la compensation paraissant réunies. Cependant le doute surgit si l'on envisage la nature même du titre à ordre. « Les titres à ordre produisent des effets qui sont inhérents à leur forme ; dès qu'un effet se produit avec les conditions apparentes requises pour la validité d'une lettre de change, il entraîne des conséquences sur lesquelles le porteur peut compter. Nous croyons que le même principe peut être admis pour les chèques, en vertu de l'analogie que présentent ces deux espèces de titres. Or si l'on considère que le chèque est créé normalement pour effectuer le retrait de fonds déposés, on comprendra que le porteur de ce titre est autorisé à se croire à l'abri de toute compensation de la part du tiré, et cette croyance est d'autant plus légitime que nulle mention portée sur le titre ne vient lui indiquer dans quelles conditions la provision a été constituée par le tireur. » Cette erreur possible de la part du porteur, erreur bien propre à entraver la circulation des titres à ordre, nous paraît, en effet, absolument déterminante. Il n'est pas possible de reconnaître ainsi deux classes de titres, de créer pour le porteur deux situations différentes, alors que le seul examen du titre ne saurait lui révéler dans laquelle il se trouve.

Au surplus, c'est avec raison qu'une autre idée a été

introduite en cette matière, celle d'une renonciation, de la part du tiré, au bénéfice de la compensation légale. Le tiré, en reconnaissant que les fonds sont disponibles entre ses mains a fait cette renonciation, il a affecté, d'une manière exclusive, une somme à l'acquittement des chèques dont il a autorisé la création et cette affectation, analogue à celle que produit la convention dans le dépôt, implique nécessairement une renonciation au bénéfice de la compensation légale (1). C'est là encore croyons-nous, une considération exacte et décisive. La compensation légale, en effet à notre estime, ne s'impose nullement aux parties ; d'un commun accord elles peuvent l'éviter. C'est ce qu'elles font ici. Telle est, ce nous semble, la solution vraie de la difficulté que nous examinons.

Et maintenant, on peut se demander si cette solution, pleinement acceptable en matière de chèques, l'est également à l'égard de tous titres au porteur. Oui, sans nul doute, si l'on ne considère que le rôle économique de ces titres à ordres, rôle identique au fond et récla-

(1) Mouchet, *Op. et loc. cit.*, S. Saleilles, *Obligation*, p. 312, note 2 : «... ce que promet le tiré, c'est d'effectuer le paiement aux mains du porteur de la même façon que celui-ci aurait à le recevoir du tireur lui-même, Très certainement celui-ci n'aurait pu opposer la compensation du chef du tiré ; il n'est pas douteux par conséquent, que la situation du porteur ne doit pas être aggravée parce qu'au lieu de réclamer son paiement du tireur, il va le toucher auprès du tiré »..

mant par suite un règlement semblable des rapports du tiré et du porteur. Mais le doute peut exister si l'on ne s'en tient qu'au côté purement juridique de la question, car alors la situation apparaît différente. Le chèque suppose un contrat antérieur, et le consentement du tiré de payer au porteur sur présentation du titre.

« Au contraire, comme on l'a observé justement, le porteur de tout autre titre devient le créancier direct du souscripteur du titre sans aucune référence à une dette antérieure dont la création du titre dût procurer le paiement ; il n'y a donc plus les mêmes raisons de soustraire la dette du souscripteur aux règles du droit commun et de présumer de la part de ce dernier une renonciation aux droits et privilèges qui appartiennent à tout débiteur vis-à-vis de son créancier (1) ». C'est la solution allemande.

Il y aurait ce semble, une autre difficulté voisine à envisager, celle de savoir si le tiré dans un titre à ordre peut opposer au porteur la compensation d'une créance qu'il aurait non plus contre ce porteur, mais contre le tireur. Mais la question ne peut rentrer dans le cadre de notre étude. C'est en effet apparemment la nature même de l'opération intervenue qui est en jeu. Le porteur est-il un cessionnaire de créance ? Il ne saurait avoir alors plus de droits que son cédant, il devra supporter par conséquent la compensation que le

(1) Cf. Saleilles, *op. cit.*, p. 313 note.

tiré aurait pu opposer au tireur. Au contraire, l'émission du titre à ordre s'analyse-t-elle dans une stipulation pour autrui? Le tiré est tenu directement envers le porteur, celui-ci a un droit propre contre lui et se trouve soustrait, par suite, à toute exception de compensation du chef du tireur.

Ce serait là, du reste, controverse purement théorique, l'impossibilité d'opposer la compensation étant admise par ceux-là même qui partent ici de l'idée de cession de créance. On sait qu'ils considèrent le débiteur comme ayant renoncé au droit d'opposer au porteur les moyens de défense qui étaient opposables au tireur. Il y a là, dit-on, une règle commandée par d'impérieuses nécessités pratiques et une conséquence naturelle de la clause à ordre. Le tiré ne pourra donc, dans une lettre de change par exemple, opposer en compensation à un porteur, la créance qu'il aurait contre le tireur,

*
* *

Avec l'étude de ce point particulier, nous terminons l'exposé que voulions faire des conditions auxquelles doit être subordonnée la compensation.

En somme, et pour nous en tenir au principe, que les deux dettes aient pour objet des choses fongibles entre elles, qu'elles soient exigibles, liquides, princi-

pales, personnelles aux parties : voilà quelles sont les conditions de la compensation.

Nous n'en apercevons aucune autre. Peu importe, par exemple l'inégalité entre le montant des dettes ; elles se compenseront alors jusqu'à due concurrence (1). Peu importe la forme, la nature des titres qui constatent les deux créances ; la dette établie par témoins se compensera sans difficulté avec une autre constatée par acte authentique. Peu importe la diversité de causes des dettes à compenser, l'incapacité de l'une ou des deux parties, la compensation ne s'en opérera pas moins. Peu importe enfin que les deux dettes ne soient pas payables au même lieu. Sous la condition de faire raison des frais de remise, la compensation sera possible (2).

Cette dernière constatation, qui ne saurait comporter de longs développements, n'en est pas moins intéressante à faire. C'est qu'en effet la possibilité de compenser deux dettes payables en des lieux différents va

(1) V. C. civ., art. 1290.

(2) V. C. civ. art. 1296 : « Lorsque les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de remise. » L'art. 391 du Cod. civ. allemand dit aussi : « La compensation n'est pas exclue par le motif que les lieux de prestation ou de délivrance sont différents pour les deux créances. La partie qui invoque la compensation doit, néanmoins, réparer le dommage qui résulte pour l'autre partie de ce que, par suite de la compensation, elle n'obtient ou ne peut effectuer la prestation au lieu déterminé... »

droit à l'encontre d'une des exigences ordinaires de la loi, celle relative à la liquidité. Une appréciation est, en effet, indispensable pour rendre possible la déduction d'une créance à l'autre, car, ni l'argent, ni les denrées n'ont partout la même valeur ; le blé vaut moins par exemple, dans le pays où il est produit que dans le pays peut-être lointain où il est consommé. Il y a là une différence de valeur, un change dont il faut nécessairement tenir compte. Celui-là qui doit payer au lieu où la marchandise est à bas prix et qui est créancier dans un lieu où elle est d'un prix très élevé ne saurait dans ce lieu se voir contraint par voie de compensation de payer la même quantité. A l'inverse, le créancier de 100 hectolitres de blé payables à Paris ne saurait se voir obliger, sous prétexte de compensation, de recevoir purement et simplement ces 100 hectolitres à Odessa ; car 100 hectolitres de blé, à Odessa n'équivalent peut-être qu'à 98 ou 99 hectolitres à Paris.

Mais cette appréciation entraîne facilement la non-liquidité de la dette, rigoureusement la compensation devrait être écartée. Cependant, le législateur accepte qu'elle se produise, et il fait bien, car la liquidation est ici chose extrêmement facile, elle se fera par une simple opération arithmétique dont les éléments sont à la disposition de tous, puisque ce sont le cours du change et le prix des transports (1).

(1) V. Colmet de Santerre, t. V, p. 452, n° 245 bis ; Aubry et

Ce sont des considérations de même nature, on se le rappelle, qui ont entraîné le législateur à admettre en compensation avec des sommes exigibles et liquides, les prestations en grains ou denrées dont le prix est réglé par les mercuriales.

Il y a là deux dispositions qui montrent bien, comme nous l'avons dit, qu'après tout, le législateur, ne s'est point fait de la liquidité des dettes à compenser une conception absolue et rigoureuse. Mais, c'est un point sur lequel nous n'avons plus à insister.

Les conditions de la compensation étant ainsi déterminées, examinons quels effets cette compensation doit produire, c'est l'objet de notre troisième chapitre.

Rau, t. IV, p. 232. Ainsi que le remarquent ces auteurs, les frais de remise seront dus à la partie en faveur de laquelle existe la différence du change et non toujours et nécessairement, quoique paraisse dire l'art. 1296, à la partie à laquelle la compensation est opposée. Cf. Larombière, t. III, art. 1296, n° 2.

CHAPITRE III

DES EFFETS DE LA COMPENSATION

Si l'on voulait s'en tenir à une donnée toute générale, un mot suffirait pour exprimer quels effets produit la compensation, c'est le mot de *paiement*. *Compensatio est instar solutionis* ; cela ne dit point assurément tout ce que comporte ce nouveau sujet d'étude, mais cela sans nul doute aussi, ouvre sur ce champ d'étude un assez large horizon. C'est sur cette première idée, la plus simple, qu'il nous faudra tout d'abord insister. Seulement il est clair que nous ne saurions porter bien longuement notre attention sur ce point. Les conséquences de la compensation, en tant qu'elle s'analyse en un paiement, n'ont, en effet, rien de spécial, il suffira de les signaler brièvement.

Plus intéressant sera de constater que, chez nous, le paiement renfermé, pour ainsi dire, dans la compensation, est un paiement légal, s'opérant de plein droit dès le moment où, sous les conditions nécessaires, les deux dettes coexistent.

Plus intéressant encore sera de constater que le législateur français n'a point poussé jusqu'au bout cette

idée de paiement légal effectué *ipso jure*. Et, pour tout expliquer de suite, ce que nous examinerons, c'est dans quelle mesure les effets normaux de la compensation peuvent, malgré son caractère légal, se trouver paralysés.

Le législateur, avons-nous dit, à plusieurs reprises au cours de cette étude, n'a point fait ici œuvre impérative, mais œuvre interprétative de la volonté des parties, et nous avons trouvé mainte application de cette idée. Mais il s'agissait alors des conditions de la compensation, conditions aux-quelles les parties apportaient certaines modifications. Il s'agit ici de dettes respectives, remplissant toutes les conditions exigées pour la compensation, d'hypothèses par conséquent où cette compensation devrait immédiatement avoir ses effets pleins et entiers, et où cependant ces effets ne se produiront point : parce qu'il y a eu, de la part des parties *renonciation à la compensation*. C'est cette possibilité de renoncer à la compensation que nous examinerons en dernier lieu.

Ainsi les développements qui vont suivre vont se référer à ces trois idées que nous venons d'exprimer, à savoir que la compensation est un paiement, qu'elle est un paiement légal, enfin qu'en dépit de cette conception qui, au premier abord, paraît absolue et intangible, le législateur admet la renonciation à la compensation.

Etudions successivement, en trois sections :

1^o Les effets de la compensation en tant que paiement ;

- 2° Le caractère légal de la compensation ;
- 3° La renonciation à la compensation.

SECTION I. — Effets de la compensation en tant que paiement.

La compensation est un paiement. Il en résulte un certain nombre de conséquences évidentes, mais dont l'importance pratique est incontestable. Ne fût-ce qu'à ce titre, il convient de les signaler.

Tout d'abord, puisque les deux dettes se trouvent éteintes, les intérêts de l'une et de l'autre vont cesser de courir. La cessation du cours des intérêts se produirait d'ailleurs, dans tous les cas, que les deux dettes en présence soient ou non l'une et l'autre productives d'intérêts (1).

Les dettes étant éteintes, un second effet va se produire également, c'est l'interruption de la prescription. La prescription qui courait contre l'une des parties ne s'accomplira plus, et cela, bien entendu, alors même que la compensation ne serait opposée qu'après l'expiration du temps au bout duquel la prescription se serait accomplie (2).

(1) S'il arrivait qu'ignorant la compensation, des intérêts soient payés, on se rappelle que nous avons refusé d'en admettre la répétition contrairement à l'opinion de la jurisprudence antérieure à la loi du 1^{er} août 1893.

(2) Cf. Toullier, t. VII, p. 389 ; Desjardins, *op. cit.*, n° 125 ;

Plus de poursuites évidemment à raison des dettes compensées, cessation des poursuites commencées, et puisque les dettes se sont évanouies, libération des engagés accessoires, évanouissement aussi de toutes les sûretés personnelles ou réelles qui garantissaient ces deux dettes. Ce sont les effets du paiement.

L'assimilation des deux institutions se retrouve encore, du reste, dans l'hypothèse particulière où il existe plusieurs dettes compensables. Différentes dettes réunissant les conditions nécessaires à la compensation et, par exemple, étant toutes exigibles, se trouvent simultanément (1) en regard d'une dette corrélative qui a pris naissance entre les mêmes parties, comment s'opérera la compensation ? L'article 1297 nous répond qu'on suivra dans ce cas les règles établies pour l'imputation des paiements. Le nouveau Code civil allemand consacre la même solution. Il la consacre même, ce nous semble, plus pleinement.

Aubry et Rau, t. IV, p. 237, § 328. V. Cass., 3 février 1819, S. 19, 1, 279. La Cour décide que la prescription de l'article 2272, ne peut être invoquée contre un médecin quand sa créance pour honoraires et la dette dont le paiement est réclamé ont coexisté au cours de l'année qui s'est écoulée depuis ses visites, bien qu'il n'ait fait aucune demande en réclamation pendant cette période.

(1) Il va de soi, en effet, que si la dette unique de l'une des parties était arrivée à échéance à une époque où une seule des dettes de l'autre partie était également devenue exigible, la compensation s'opérerait de plein droit entre ces deux dettes et il ne pourrait plus y avoir lieu à l'application de l'art. 1256. Cf. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 237.

Deux hypothèses sont, en effet, à prévoir en matière d'imputation de paiements ; celle où le débiteur a déclaré vouloir acquitter telle dette et non telle autre (1), et puis ensuite celle où sa volonté ne s'est point manifestée. Or, les deux hypothèses sont possibles dans le système allemand, en matière de compensation. Celle-ci dépendant, en effet, d'une déclaration d'une partie à l'autre, on conçoit que la partie qui oppose la compensation spécifie les créances qui doivent se compenser, comme on conçoit qu'elle ne fasse point une semblable désignation. C'est ce que prévoit expressément le législateur dans l'article 396 du nouveau Code (2). Mais,

(1) L'hypothèse est analogue évidemment s'il y a eu accord des deux parties sur les dettes à compenser, ou bien encore, « si le débiteur de diverses dettes a accepté une quittance par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ces dettes spécialement », hypothèse prévue par l'art. 1255.

(2) « Si l'une ou l'autre partie a plusieurs créances compensables, porte ce texte, la partie qui oppose la compensation a le droit d'indiquer les créances qui doivent être réciproquement compensées. Si la compensation est déclarée sans pareille désignation ou si l'autre partie conteste sur-le-champ, l'on applique la disposition de l'art. 366, alinéa 2. »

Aux termes de ce texte, quand le débiteur n'a fait aucune désignation, la prestation éteint d'abord la dette échue ; parmi plusieurs dettes échues, celle qui donne le moins de sûreté au créancier ; parmi plusieurs dettes également sûres la plus onéreuse pour le débiteur, parmi plusieurs dettes également onéreuses la plus ancienne et enfin à ancienneté égale, toutes sont éteintes proportionnellement. C'est comme on voit à peu de choses près, la disposition de notre art. 1256.

dans le système français où la compensation s'opère de plein droit, il est clair qu'il n'y a point ici à faire intervenir la volonté expresse des parties. Les règles à suivre sont donc celles que le législateur a posées pour le cas où la quittance ne porte aucune imputation (1).

Réserveons cependant le cas où les deux parties auraient, par avance, écarté la compensation entre certaines dettes par elles prévues, mais l'hypothèse est exceptionnelle et d'ailleurs, puisque, de par la volonté des parties, les dettes prévues ont cessé d'être compensables, notre question ne se pose plus.

L'analogie nécessaire qui existe entre la compensation et le paiement se poursuit encore dans la disposition de notre article 1298 aux termes duquel *la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à des tiers*.

Le principe est plus important et mérite qu'on s'y arrête, non point pour l'expliquer et le développer car il est évident et s'impose, mais pour en préciser quelques applications.

(1) V. C. civ. art. 1256 ; Cpr. note précédente. — On appliquera de même par analogie la disposition de l'art. 1254, et si une dette productive d'intérêts se trouve éteinte partiellement par compensation, les intérêts se compenseront d'abord avant la créance elle-même. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'un mandataire ayant fait des avances dont les intérêts lui sont dus au jour de l'emploi constaté (V. C. civ., art. 2001) peut imputer sur ces intérêts d'abord, et ensuite sur le capital les sommes qu'il a reçues pour le compte du man-

Déjà le législateur prévoit l'une de ces applications ; dans l'art. 1298 lui-même, c'est le cas de saisie-arrêt. Cette saisie-arrêt fait acquérir un droit au créancier saisissant, elle est une main-mise sur les deniers dus au débiteur et qui empêche ce débiteur de recevoir son propre paiement. Or ce paiement qu'il ne peut recevoir directement, il ne saurait le recevoir indirectement, par l'effet d'une compensation. En vain, le saisi devient-il débiteur de son propre débiteur. Ce tiers saisi devenu créancier ne peut invoquer cette créance pour se soustraire aux effets de la saisie-arrêt, il en reste toujours et quand même tenu de payer entre les mains de ceux qui ont le droit de profiter de la saisie-arrêt.

Il est bien certain d'ailleurs que pour quiconque admet, et c'est l'opinion générale, que la saisie-arrêt met obstacle au paiement par le tiers saisi de la somme entière dont il est redevable, quelle que supérieure qu'elle soit à la créance du saisissant, il est clair, disons-nous, que, pour ceux qui admettent cette opinion, toute compensation est impossible dans cette même mesure.

« Nous l'avons dit, explique très bien M. Colmet de Santerre, tout paiement fait par lui (le tiers-saisi) pourrait nuire au saisissant et par conséquent toute compensation est impossible, parce qu'elle aurait le même

dant, au fur et à mesure de leur réception. Cass., 23 novembre 1858, S. 58, 1, 597.

résultat préjudiciable que le paiement. On pourrait toutefois, en supposant que le saisissant reste seul, qu'il ne survient pas d'autres créanciers, être tenté d'admettre que la compensation a pu s'opérer pour tout ce qui excède les causes de la saisie, parce qu'alors elle ne causerait aucun préjudice au saisissant.

« Mais les principes de la compensation repoussent cette restriction à la règle que nous avons donnée ; la dette du tiers saisi à compenser avec sa créance n'est pas liquide ; car, par suite de la saisie-arrêt et en conséquence de notre théorie sur les effets de cet acte, il est impossible de savoir si le tiers saisi peut payer entre les mains de son créancier le saisi, et en tout cas jusqu'à concurrence de quelle somme il peut payer sans danger puisque cela dépend du nombre des créances qui s'adjoindront à celle qui a été cause de la saisie (1). »

Le tiers saisi ne peut donc, en invoquant la compensation, s'assurer le paiement total de sa dette, il y a là en face de lui, un droit acquis qui met obstacle à la compensation (2).

Il est clair, au surplus, que l'obstacle n'existe qu'à

(1) V. Colmet de Santerre, t. V, n° 250 *bis*, II, p. 453, V. Demolombe, t. XXVIII, n° 632 ; Laurent, t. XVIII, n° 429.

(2) Une ressource restera toutefois à ce tiers saisi, ce sera d'agir comme un créancier ordinaire et de saisir-arrêter, dans ses propres mains, les sommes dont il est redevable. Il est certain par ce moyen, non point, sans doute, d'être payé intégralement, mais de prendre part aux distributions qui seront faites des deniers qu'il a entre les mains.

l'égard des dettes échues depuis la saisie-arrêt. Les créances dont le tiers-saisi était déjà titulaire avant cette saisie-arrêt se sont, en effet, compensées de plein droit. — La solution n'est d'ailleurs point différente en droit allemand malgré la diversité des deux systèmes. Là encore l'impossibilité de compenser ne s'applique qu'aux dettes échues depuis l'opposition. La fiction de rétroactivité admise par le légistateur n'empêchait en rien cette solution et pour ce motif, comme on l'a fort bien dit, qu'avant de parler de rétroactivité de la compensation, il y a lieu de se demander si la compensation est recevable (1).

Au surplus, l'idée qui a conduit à cette solution le législateur allemand n'est point là, elle est plutôt dans l'analogie de notre hypothèse avec une autre à laquelle nous arrivons, celle de la cession de créances. Là encore nous allons voir un droit légitimement acquis à un tiers faire obstacle à la compensation.

J'ai cédé à Pierre la créance que j'avais contre Paul, alors que Paul était bien, lui aussi, mon créancier, mais à une époque où sa créance ne réunissait point les conditions nécessaires à la compensation. J'ai fait à Paul signification de la cession, conformément à l'article 1690 du Code civil (2). C'est bien en vain que la créance dont

(1) Cf. R. Saleilles, *Obligations*, p. 55.

(2) Il faut évidemment supposer cette signification puisque, sans elle, la cession n'existe point à l'égard des tiers. Tant que la signification n'est point faite, le cédant est toujours, au regard du débi-

Paul est titulaire contre moi vient à remplir les conditions de la compensation ; cette compensation est devenue impossible et Paul ne pourra l'opposer quand Pierre le cessionnaire le poursuivra. Celui-ci, en effet, a acquis un droit ferme, il est devenu titulaire de la créance avant qu'elle ne soit susceptible de compensation ; quand les deux dettes sont devenues compensables, on peut dire qu'elles n'étaient déjà plus réciproques, qu'elles n'existaient plus entre les mêmes parties.

Paul dans notre espèce devra donc payer sa dette sur la poursuite du cessionnaire, puis d'autre part me réclamer le montant de ma dette envers lui. Suis-je insolvable, il en supportera les conséquences, alors qu'il n'eût éprouvé aucun préjudice s'il lui avait été possible d'invoquer la compensation (1).

teur, titulaire de la créance. Ce débiteur pourrait encore payer valablement entre les mains du cédant, il peut donc opérer avec lui une compensation s'il devient, postérieurement à la cession mais avant toute signification, son créancier. En vain, la signification aurait-elle lieu plus tard elle ne peut avoir aucun effet car elle porte sur une créance que la loi elle-même a éteinte, elle manque d'objet. Cf. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, p. 449, n° 247 bis, II.

La solution est, du reste, formellement exprimée par le législateur lui-même dans l'article 1295, alinéa 2. La cession qui a été signifiée au débiteur nous dit ce texte *n'empêche que* la compensation des créances *postérieures* à cette notification. La formule ne surprendra point, quand nous saurons que l'acceptation expresse par le débiteur de la cession intervenue a influence sur les créances même antérieures. V. art. 1295, alinéa 1 et *infra*, p. 187 et suiv.

(1) Cf. Larombière, t. III, art. 1295, n° 11, Desjardins, *op. cit.*,

Au surplus, toutes ces observations ne sont pas seulement exactes dans l'hypothèse spéciale que nous supposons et où les dettes sont nées toutes deux avant la cession, mais ne réunissent point alors les conditions nécessaires à la compensation ; ces observations seraient non moins exactes dans l'hypothèse où la contre-créance n'eut été acquise par le débiteur que postérieurement à la signification à lui faite (1).

Et ce que nous disons de l'effet de la cession suivie de la signification au débiteur serait tout aussi vrai, évidemment, de la cession suivie de l'acceptation expresse du transport par ce débiteur.

Voilà donc deux applications du principe posé par notre article 1298, principe suivant lequel la compensation ne saurait se produire au préjudice de droits acquis à des tiers. Elles sont l'une et l'autre prévues par la loi, mais le principe est général. Son application peut et doit se retrouver encore dans bien d'autres hypothèses.

C'est ainsi, par exemple, que la créance donnée en nantissement est soustraite à la compensation après bien entendu que le nantissement a été rendu opposable aux tiers. C'est ainsi encore que la transcription d'une saisie immobilière empêche les fermages et loyers que cette saisie immobilise, d'entrer en com-

n° 109 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 232, texte et note 33. V. Cass., 3 décembre 1851, s. 52, 1, 211.

(1) Cf. C. civ., art. 1690.

pensation avec les sommes dont le bailleur se trouve redevable envers le preneur, par exemple pour travaux exécutés sur la chose louée. Du jour de la transcription, il y a eu mainmise sur ces fermages et loyers par les créanciers du saisi, aucun paiement soit réel, soit fictif, par voie de compensation ne peut intervenir à leur préjudice.

Les mêmes raisons se retrouvent dans l'hypothèse où un créancier hypothécaire se rend adjudicataire de l'immeuble hypothéqué. Ce créancier ne sera pas recevable à invoquer la compensation entre sa dette du prix et la créance qu'il a contre le saisi ; le droit hypothécaire ou le privilège sur l'immeuble constituant une garantie, une sûreté en face de laquelle la compensation ne peut agir (1).

Ce n'est au surplus qu'une application pure et simple du même principe que nous avons rencontrée dans le cas de faillite. L'impossibilité de compensation pour celui qui étant débiteur ou créancier du failli avant l'ouverture de la faillite, devient postérieurement à cette ouverture créancier ou débiteur de ce même failli, cette impossibilité de compensation n'a pas d'autre cause que le respect dû aux droits des tiers, ici, à la masse des créanciers (2).

(1) V. Colmet de Santerre, t. V, p. 454, n° 250 bis, IV, Aubry et Rau, t. IV, p. 232, texte et note 31.

(2) V. *supra*, p. 138 et suiv.

Enfin, on peut penser que, sur ce point, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou la vacance d'une succession, doit être assimilée à la déclaration de faillite. Dès le moment de l'ouverture de la succession dont s'agit, les droits des créanciers ont été déterminés d'une façon ferme, la compensation ne peut s'opérer à leur préjudice.

Il restera simplement que l'exception de compensation pourra être opposée, lors des poursuites exercées par l'héritier bénéficiaire contre le tiers débiteur et créancier de la succession, ou inversement, lors des poursuites exercées par ce tiers contre l'héritier bénéficiaire (1). Et cette solution nous paraît exacte même dans le cas où aucune opposition n'aurait encore été formée au moment où les deux créances sont devenues réciproquement exigibles. Le contraire a été soutenu, on a pensé que cette opposition manquant, la compensation se produirait de plein droit (2).

Mais, comme le disent MM. Aubry et Rau, cette opinion doit être rejetée, car elle aurait pour résultat de rendre illusoire la faculté d'opposition appartenant aux créanciers de la succession (3).

Telles sont les différentes conséquences de la com-

(1) Cf. Toullier, t. VII, p. 380 ; Lair, *op. cit.*, p. 199 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 232, note 35.

(2) V. Desjardins, *op. cit.*, p. 424, n° 123.

(3) Cf. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, *supra*, note 1,

pensation en tant qu'elle s'analyse en un paiement (1).

Mais la compensation, nous le savons, n'est point un paiement ordinaire, elle est un paiement légal, c'est sur cette nouvelle idée qu'il nous faut maintenant insister.

SECTION II. — Caractère légal de la compensation.

Déjà, à maintes reprises au cours de cette étude, nous avons insisté sur ce caractère légal de la compensation qui constitue la caractéristique de notre conception française. Il suffira de rappeler les constatations auxquelles nous avons abouti. La compensation est chez nous légale, c'est-à-dire qu'elle se produit dès la co-existence des deux dettes avec les conditions requises. Immédiatement, les deux dettes sont éteintes, pour le tout si elles sont égales et si elles sont inégales jusqu'à due-concurrence. Sur quoi, une double critique s'est élevée. C'est d'abord, a-t-on dit, une dérogation au droit que doit avoir tout créancier de refuser un paiement partiel, mais qu'importe si cette dérogation est

(1) Nous pouvons ajouter cette autre ressemblance encore, que la compensation, comme le paiement, peut être opposée en tout état de cause et même après une condamnation passée en force de chose jugée. Cf. Pothier, *op. cit.*, n° 604 ; Merlin, *Rep.* V. compensation, Larombière, t. III, art. 1290, n° 2. Aubry et Rau, t. IV, p. 236, § 328.

justifiée par des raisons de justice et d'utilité supérieures ! Au surplus, le créancier ne peut se plaindre de ne point recevoir son paiement intégral puisque sa dette étant exigible à l'égal de sa créance, partie des deniers qui lui seraient remis pourraient lui être repris immédiatement.

Mais l'extinction se produit dès la coexistence des dettes, pourquoi ? Tant que le créancier ne réclame point l'exécution de la part de son débiteur qu'importe à la loi et pourquoi intervient-elle ?

Cependant la solution n'a rien d'inacceptable et la preuve en est que, dans les systèmes dont nous avons poursuivi l'étude, si la compensation ne se produit point tant qu'elle n'est pas invoquée, les effets qu'elle entraîne, une fois provoquée, remontent dans le passé jusqu'au moment de la coexistence des dettes, ils sont rétroactifs et nous avons vu comment cette rétroactivité s'expliquait et se justifiait.

Elle s'imposait en droit romain, car en opposant l'exception de dol, le débiteur demandait au juge d'apprécier une situation préexistante, et d'en faire état du jour même où cette situation était née, c'est-à-dire du jour où la contre-créance avait coexisté, toutes les conditions étant remplies, avec la créance invoquée par le demandeur.

En réalité, on peut dire qu'en droit romain, et cela est vrai surtout du droit de Justinien, la compensation s'opère de plein droit du jour de la coexistence des

deux dettes, seulement cette compensation est sans puissance, paralysée, tant qu'elle n'a pas été opposée devant le juge. Vienne cette dernière condition à se réaliser et la compensation produit son plein et entier effet (1).

Cet effet rétroactif avait été parfaitement aperçu et expliqué par Doneau, l'un de nos anciens auteurs auquel le droit allemand moderne est largement redevable de ses inspirations. Il convient de remarquer, écrivait-il, que la compensation opère paiement, non pas à partir du moment où on l'oppose, mais à partir de celui où on aurait pu l'opposer, c'est-à-dire du jour où les deux dettes ont coexisté. Et il ajoutait : ce résultat est très équitable, car le créancier peut être considéré comme s'étant payé, dès que lui-même s'est trouvé débiteur de son débiteur (2).

Le législateur allemand n'a pas consacré une solution différente et pour des raisons pratiques, afin d'obtenir une cessation plus hâtive du cours des intérêts, il a accepté lui aussi la fiction de la rétroactivité.

Ce n'est donc pas seulement au jour où l'une des parties déclare à l'autre qu'elle veut compenser que s'opère la compensation, mais bien rétroactivement au jour même où les deux dettes ont coexisté avec les conditions voulues. « Par l'effet de la compensation,

(1) Cf. Windscheid, *Pand.*, § 349-3, notes 4 à 9.

(2) V. Doneau, *De jure civili*, lib. XVI, cap. XV, § 39.

porte l'art. 389 du Code civil allemand, les créances, en tant qu'elles se couvrent, sont censées éteintes depuis le moment où elles ont été compensables et opposées l'une à l'autre. »

Il faudra seulement que les deux dettes coexistent encore au jour de la déclaration par une partie à l'autre. D'où cette conséquence que si l'une des parties a payé, ignorant la compensation possible, elle ne pourra ré-péter, mais seulement poursuivre le paiement de sa propre créance.

Mais enfin, dit-on, pourquoi cette extinction des deux dettes s'opère-t-elle de plein droit, à l'insu et même contre le gré des parties ? Pourquoi ce jeu automatique et brutal ? Mais l'observation, nous l'avons dit, n'est point exacte et le reproche tombe par suite du même coup. La compensation est bien légale et s'opère de plein droit, mais il n'y a là rien de rigoureusement nécessaire. La décision du législateur ne s'impose point fatalement aux parties ; celles-ci, tout au contraire, peuvent l'écarter. Par un accord librement intervenu entre elles, elles peuvent exclure l'application de la compensation et renoncer à s'en prévaloir. La renonciation à la compensation peut émaner des deux parties, comme elle peut émaner d'une seule d'entre elles. Elle peut être tacite comme elle peut être expresse, antérieure ou postérieure à la coexistence des deux dettes. Ce sont les différentes propositions dont il nous reste à poursuivre l'examen et dont la justification achèvera de

mettre en lumière qu'après tout, le système consacré par le législateur n'est point, dans ses grandes lignes, aussi défectueux qu'il peut sembler au premier abord. A vrai dire, la conception du législateur eut pu le conduire à des conséquences rigoureuses et injustifiables, mais il s'en est gardé, en acceptant sur quantités de points, des tempéraments d'équité qui finalement rendent parfaitement acceptable le système ainsi élaboré.

C'est l'un de ces tempéraments, la possibilité de renoncer à la compensation légale, qu'il nous reste à étudier.

SECTION III. — De la renonciation à la compensation.

C'est ici, disons-nous, un tempérament à la rigueur des principes : nous pouvons facilement l'apercevoir à deux points de vue. Admise, en effet, dans toute sa rigueur, la conception du législateur n'eût comporté aucune renonciation ni antérieure, ni postérieure à la compensation.

Antérieurement à la coexistence des deux dettes, tout d'abord, il n'eût point admis de renonciation à la compensation, il eût considéré cette institution comme fondée sur des motifs d'ordre général de portée absolue. Cependant, il ne l'a point fait, quoiqu'on en ait dit, en argumentant des règles admises en matière de prescrip-

tion (1), la renonciation anticipée à la compensation est permise. L'argument d'analogie ne saurait porter ici, car les deux institutions sont profondément dissemblables. La prescription, comme le dit très bien M. Colmet de Santerre, est une institution d'ordre public qui a pour but d'empêcher les prétentions judiciaires de s'éterniser, tandis que la compensation n'a pas ce caractère d'intérêt général, elle est fondée sur l'intérêt probable des deux parties, et par conséquent on a pu interdire de renoncer à la prescription, sans songer à interdire pareille renonciation en matière de compensation (2).

D'autre part, et si nous envisageons une renonciation à la compensation postérieure à la co-existence des deux dettes, comment la concevoir dans le système admis par le législateur ? Puisque c'est, là, la loi elle-même qui, dès le moment où les dettes co-existent avec les conditions requisés, en opère l'extinction, les parties ne se trouvent-elles pas, de toute évidence et de toute nécessité, en présence d'un fait accompli contre lequel leur volonté ne peut rien ? Ce qu'elles pourront donc faire simplement, ce sera former de nouvelles obligations,

(1) V. C. civ., art. 2220 : « On ne peut d'avance renoncer à la prescription. » V. la théorie soutenue par Toullier, t. VII, p. 393.

(2) V. Colmet de Santerre, t. V, p. 435, n° 241 bis, 3, Aubry et Rau, t. IV, p. 255, note 8. V. Bordeaux, 7 mars 1831, S. 31, 2, 250 ; Limoges, 7 avril 1843, S. 48, 2, 144.

garanties par des sûretés analogues, mais alors il faudra un nouvel accord des volontés, accord qui ne datera que du jour de l'échange des nouveaux consentements. La caution qui, par exemple, garantissait l'une des dettes pourra se réengager à nouveau, mais cet engagement ne prendra date que du jour où il aura été nouvellement consenti et c'est, par exemple, à cette date qu'il faudra se placer pour apprécier si la caution était capable de s'obliger. De même un gage, une hypothèque pourront être constitués, mais ce seront là des sûretés nouvelles qui n'auront d'existence légale, ne prendront de vie juridique que du jour où les formalités nécessaires auront été accomplies.

Voilà quelles solutions le législateur eût admises s'il se fût inspiré de la seule logique. Mais il ne s'est point mépris sur son rôle véritable qui est de faire, avant tout, œuvre de pratique et d'utilité et il a écarté ici les conséquences contraires à l'utilité générale auxquelles l'eût conduit le souci exclusif des considérations théoriques et abstraites.

Il a donc admis, malgré le caractère légal de la compensation, la possibilité pour les parties d'y renoncer. Deux hypothèses sont expressément prévues par lui dans des textes formels. Examinons-les tout d'abord.

La première est prévue par l'article 1295, alinéa 1. Il s'agit du cas où cession a été faite d'une dette éteinte par compensation. J'avais une créance sur Paul, mais en réalité, cette créance n'existait plus, car de son côté

Paul était devenu mon créancier. Cela étant, et nonobstant la compensation opérée, je cède ma créance sur Paul à Pierre.

Paul l'apprend (par exemple, par la notification que je lui fais de la cession, et il déclare accepter cette cession. En réalité et dans la rigueur des principes, quelle devrait être la situation ? Celle-ci : j'ai cédé une créance que la loi avait elle-même détruite, la cession est nulle, inexistante faute d'objet. Paul a ratifié une opération qui n'a jamais eu de réalité juridique.

La loi pourtant en décide autrement : « Le débiteur, nous dit-elle, qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. » (Article 1295, al. 1.) Ainsi la compensation, dans cette hypothèse, est effacée, nulle dette n'est éteinte, et quand le cessionnaire de la créance se présentera au débiteur cédé et lui demandera paiement, celui-ci ne pourra s'y refuser sous le prétexte qu'avant la cession, il avait lui-même une créance contre le créancier cédant (1).

Pourquoi cela ? C'est que le législateur voit là une re-

(1) Il va de soi que l'acceptation, saisissant le cessionnaire, empêche toute compensation de la créance cédée avec des créances que le cédé acquerrait postérieurement contre le cédant, à dater de l'acceptation, en effet, le cédant n'est plus créancier même à l'égard des tiers.

nonciation réciproque des parties à la compensation qu'elles étaient en droit d'invoquer.

J'ai cédé ma créance sur Paul ; comme on ne peut supposer que j'ai voulu céder une créance inexistante, c'est donc que j'ai considéré cette créance comme non éteinte. D'autre part, Paul en acceptant la cession et en reconnaissant le droit du nouveau créancier a montré lui aussi qu'il entendait considérer la compensation comme non avenue : Les deux parties sont donc d'accord. Le législateur qui, après tout, établissait la compensation dans l'intérêt des débiteurs réciproques, eut fait œuvre injuste en ne tenant pas compte de leur volonté d'y renoncer (1). Et voilà pourquoi il fait revivre les deux obligations éteintes.

Seulement, il importe de le remarquer, s'il s'agit là

(1) Cf. Pothier 1, 18, V. 428.

« Quoique je fusse créancier du cédant dès avant le transport, cependant, si, ayant connaissance de ma créance, j'ai néanmoins accepté purement et simplement le transport, je suis censé avoir, par mon acceptation pure et simple, renoncé à la compensation et je ne pourrai l'opposer au cessionnaire qui a compté sur mon acceptation sauf à moi à exercer ma créance contre le cédant. » La renonciation à la compensation ne cesserait même pas d'exister parce que le débiteur cédé aurait ignoré l'existence à son profit de la créance opérant compensation. Par suite de son acceptation du transport, le cessionnaire, en effet, a acquis un avantage contre le débiteur cédé dont la privation pourrait lui causer un préjudice irréparable. Il serait d'autant plus injuste de le laisser en perte, qu'il aurait été induit en erreur par le fait du débiteur cédé. V. Ces observations faites par Aubry et Rau, t. IV, p. 240, note 9. Cpr. Larombière, III,

de consacrer la volonté des parties, et spécialement la renonciation du débiteur cédé à une compensation qu'il lui était possible d'invoquer ; il en résulte que cette renonciation ne peut avoir qu'un effet tout relatif, nous voulons dire un effet restreint à la personne même du débiteur cédé. En d'autres termes, la renonciation prévue par l'article 1295, alinéa 1, ne saurait avoir effet à l'égard des tiers. La dette qui, de plein droit, s'était compensée avant qu'intervienne la cession, pouvait être garantie par des cautions, des hypothèques. Ces cautions, les tiers détenteurs des immeubles hypothéqués, les autres créanciers ayant hypothèque sur ces immeubles, ont intérêt à se prévaloir de la compensation qui les dégage. Et non seulement ils y ont intérêt, mais on peut dire qu'ils ont un droit acquis à bénéficier de l'extinction de la dette dont ils sont garants. Ce droit qui découle des principes, le législateur n'y a pas porté atteinte, et cela résulte jusqu'à l'évidence du texte même de l'article 1295 qui se garde bien, comme on l'a fait justement observer, de dire d'une façon impersonnelle que la compensation n'a pas lieu dans le cas dont il s'agit, mais qui dit, au contraire, d'une façon toute personnelle et relative, que le débiteur ne peut plus

art, 1295, n° 5, Desjardins, *op. cit.*, n° 130, et la disposition opposée de l'article 1299. Mais tout autre est la situation des tiers dont parle cet article et à qui la loi ne fait aucun tort illégitime en les privant du bénéfice de la compensation.

l'opposer (1). Le débiteur cédé, tout en recouvrant son ancienne créance contre le cédant, ne pourra donc se prévaloir, en l'exerçant, des sûretés qui y étaient jadis attachées.

Il faut pourtant, croyons-nous, apporter une limitation à cette extinction des privilèges et des hypothèques qui garantissaient la créance cédée malgré la compensation. Cette extinction n'aurait point lieu si l'acceptation du transport avait été faite par le débiteur cédé, alors qu'il ignorait l'existence de sa qualité de créancier. La loi ne le dit point spécialement pour notre hypothèse, mais elle le dit pour une hypothèse voisine que nous allons bientôt examiner, celle du paiement d'une dette compensée. Le débiteur a-t-il payé, ayant juste cause d'ignorer sa créance, la loi vient à son secours, et comme par une sorte de *restitutio in integrum* lui conserve son droit avec toutes ses garanties accessoires (2). Notre hypothèse est analogue et par identité de motifs, il y a lieu d'appliquer la même solution, marquée au coin de la plus stricte équité (3).

Du fondement même de la disposition légale que nous venons d'examiner, découle, du reste nécessairement, une autre conséquence, c'est qu'une simple signi-

(1) V. Colmet de Santerre, *Cour analytique*, t. V, p. 451, n° 247 bis IV.

(2) V. c. civ., art. 1299 et *infra*.

(3) En ce sens Aubry et Rau, t. IV, p. 240 ; Laurent, *Principes*, t. XVIII, p. 479.

fication faite au débiteur cédé de la cession intervenue ne suffirait point pour entraîner renonciation tacite à la compensation. Si l'on conçoit, en effet, parfaitement que la loi ait considéré l'acceptation pure et simple sans réserve aucune, de la cession comme une reconnaissance implicite de l'existence de la dette, car c'est bien là manifestement sa signification, on ne comprendrait pas que la loi attache le même effet au silence pur et simple du débiteur cédé. Il reçoit notification de la cession et il ne proteste pas, il serait exagéré d'en conclure qu'il entend la reconnaître pour bonne et valable. Sa pensée reste, en réalité, absolument imprécise. Aussi le législateur s'est-il bien gardé d'assimiler les deux situations. « A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, nous dit l'article 1295, alinéa 2, elle n'empêche que la compensation des créances *postérieures* à cette notification ». Si donc, avant la cession que j'ai faite à Pierre de ma créance sur Paul, Paul était devenu également mon créancier, celui-ci pourra toujours, dans une hypothèse semblable, se prévaloir de la compensation.

(1) Nous savons du reste, qu'en déclarant impossible la compensation à l'égard des créances postérieures à la notification, la loi n'a fait qu'une application pure et simple des principes, V. *supra*.

*
* *

A côté de ce premier cas de renonciation tacite à la compensation, la loi, avons-nous dit, en prévoit un autre. Il s'agit de l'hypothèse où deux dettes co-existant et par suite se trouvant éteintes par la compensation, l'une d'elles a été payée quand même et cela en connaissance de cause. Paul me devait 100 francs; je l'ai poursuivi en paiement de sa dette. En réalité Paul ne me devait que cinquante francs, car j'étais devenu moi aussi son débiteur pour cinquante francs. Cependant Paul m'a payé et il l'a fait, sachant qu'il était de son côté mon créancier où, du moins, n'ayant aucune juste cause d'ignorer la créance qu'il pouvait m'opposer en compensation de sa dette. La loi suppose qu'il a entendu renoncer aux avantages de la compensation.

La créance qu'il avait contre moi lui a semblé, par exemple, constituer un placement avantageux, d'autre part, il avait des fonds disponibles.

A la compensation qui l'eut obligé à rechercher un placement pour tout ou partie de ses fonds disponibles, il a préféré le paiement de sa dette et la conservation de sa créance. Le législateur consacre cette solution. Paul qui m'a payé sciemment a, en réalité, renoncé à la compensation. Sa dette qu'il m'a payée est éteinte, il reste mon créancier et va agir contre moi.

Seulement ici, comme tout à l'heure, cette renoncia-

tion à la compensation n'aura qu'un effet tout relatif. C'est seulement entre les parties que la compensation est réputée ne pas s'être produite.

A l'égard des tiers, la compensation a eu lieu, les deux créances se sont éteintes (1).

C'est donc que toutes garanties personnelles ou réelles, engagements de cautions ou hypothèques, se sont évanouies du jour même de la co-existence des deux dettes. Ces engagés accessoires avaient un droit acquis à la compensation, un droit qu'il ne peut dépendre du créancier de faire disparaître (2).

La situation s'analyse donc ainsi : celui qui a payé sciemment ce qu'il pouvait opposer en compensation, a renoncé à cette compensation ; il a éteint sa dette par le paiement intervenu et libéré ses garants. Mais il est impossible, on le comprend, que le créancier payé puisse conserver tout ce qu'il a reçu, car lui aussi est débiteur de celui qui l'a payé. Ce dernier va donc pouvoir agir contre lui et lui réclamer le montant de sa créance.

(1) Cf. C. civ., art 1299 : « Celui qui a payé une dette qui était de droit éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir au préjudice des tiers, des privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette. »

(2) L'art. 1299 ne parle que des privilèges ou hypothèques, mais personne ne met en doute que sa disposition ne doive être étendue aux cautionnements. V. Duranton, t. XII, p. 457 ; Marcadé sur

Par quelle action agira-t-il ? La réponse paraît simple au premier abord. Ce qu'invoque le débiteur qui a payé, c'est son ancienne créance, sans doute cette créance est dégagée de toutes les sûretés accessoires qui la garantissaient, mais enfin c'est elle encore dont le débiteur qui a payé, nonobstant la compensation, réclame le paiement, c'est l'action qui en résultait pour lui qu'il entend introduire en justice.

D'aucuns ont pourtant contesté l'exactitude de cette solution. La créance originaire est éteinte, disent-ils, tout comme était éteinte la dette que le débiteur a payée. La compensation, en effet, s'est opérée et la preuve en est que les obligés accessoires sont dégagés. C'est mal s'exprimer que de dire, dans cette hypothèse, qu'en vertu de la loi, la compensation est réputée non-avenue entre les deux débiteurs réciproques. La vérité est que la compensation s'est produite, seulement, comme celui qui a reçu paiement ne peut, tout à la fois, profiter de la libération que la compensation lui avait procurée et retenir ce qui lui a été payé nonobstant la compensation, il se retrouve fatalement débiteur, mais sa dette n'est nullement celle dont il était antérieurement tenu. C'est une dette toute nouvelle qui résulte de ce fait qu'il a reçu en paiement indu. L'action par laquelle le débiteur qui a payé poursuivra *l'accipiens*,

l'article 1299 n° 1, Aubry et Rau, t. IV, p. 238, note 4. Colmet de Santerre, t. V, p. 456, n° 251 bis III.

n'est donc nullement l'action de sa créance originaire, c'est la *condictio indebiti* (1).

Il nous semble impossible d'accepter cette solution et pour un double motif. Le premier, sur lequel nous ne pouvons insister, c'est que la *condictio indebiti*, à notre avis, suppose toujours une erreur chez celui qui a payé. Point de répétition de l'indû, si la dette existant certainement, un tiers qui n'était point le véritable débiteur l'a payée sciemment et cela n'est point douteux ; mais point de répétition possible davantage si un paiement a été effectué sciemment d'une dette inexistante. Dans tous les cas l'erreur est une condition indispensable à l'ouverture de la *condictio indebiti* (2).

(1) V. Pothier, *Obligations*, t. II, n° 639 : « Si celui qui était non créancier d'une certaine somme est devenu mon débiteur d'autant, et que, nonobstant la compensation qui a éteint de plein droit nos créances respectives, je l'ai payé, je répéterai la somme que je lui ai payée comme non due, par l'action qu'on appelle *condictio indebiti*. »

(2) Qu'il en soit ainsi dans le cas de paiement d'une dette existante par un tiers non débiteur, la loi elle-même le dit dans l'art. 1377, et cela s'explique parfaitement. Le créancier a compté sur le paiement à lui fait, il a peut-être en conséquence négligé de poursuivre en temps opportun le vrai débiteur. Il ne faut pas autoriser trop facilement l'annulation d'un semblable paiement ; pour qu'elle ait lieu cette annulation, ce n'est donc point trop d'exiger que le *solvens* ait agi par erreur. Mais dans l'hypothèse de paiement d'une dette qui en réalité n'existait pas (et on peut y joindre celle du paiement d'une dette réelle d'un autre que le créancier) la même solution peut paraître plus douteuse. Elle doit triompher pourtant croyons-nous ; à raison de sa conformité avec les anciens

Or, dans notre hypothèse, tout au contraire, nous supposons que le débiteur a payé nonobstant la compensation, en pleine connaissance de cause.

Au surplus, fallût-il admettre ici l'ouverture au profit du débiteur qui a payé d'une *condictio indebiti* qu'il n'en résulterait nullement l'impossibilité pour lui de se prévaloir de son ancienne créance. Au lieu d'un seul, deux moyens d'action s'offriraient à lui.

Qu'il puisse invoquer sa créance originaire c'est, en effet, croyons-nous, ce qui résulte à ne pas douter de l'art. 1299 lui-même. Point d'allusion, en effet, dans ce texte à la *condictio indebiti*, mais une allusion certaine à l'exercice par le débiteur de son ancienne créance. « En exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation », nous dit le législateur, « le débiteur qui a payé ne pourra se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés » : c'est donc seulement à l'égard des tiers que l'ancienne créance est éteinte et c'est bien elle qui survit entre les parties. Le *solvens* l'invoquera donc et avec elle —

principes qui n'admettaient jamais à répétition, celui qui avait payé sciemment, le seul silence du Code dans les articles 1235 et 1376 ne suffisant pas, à notre avis, à faire admettre que le législateur ait entendu y déroger. Il faut reconnaître, du reste, que, dans les deux hypothèses que nous venons d'indiquer, l'exigence de la loi est loin d'être pleinement justifiée. V. Sur ce point les considérations très convaincantes à notre sens, développées par M. Colmet de Santerre, t. V, p. 648 et suiv., n° 357 bis II et suiv.

car c'est là l'intérêt de la question — certains privilèges particuliers qui pourraient y être attachés, par exemple le bénéfice de la compétence commerciale; par exemple encore, l'existence d'un titre exécutoire.

Telle est, croyons-nous, la solution exacte (1). Et elle l'est sans distinction possible entre le cas où le paiement fait en connaissance de cause aurait été reçu également en connaissance de cause, et celui où le paiement aurait été reçu par erreur. Dans les deux hypothèses, c'est l'action naissant de sa créance originaire que le *solvens* exercera. Seulement, une remarque s'impose pour le cas où le paiement a été accepté par erreur. Impossible, en effet, dans cette hypothèse, de

(1) V. En ce sens Aubry et Rau, t. IV, § 329, p. 239, texte et note 7 : « La *condictio indebiti* ne pouvant être exercée en pareil cas, disent-ils, celui qui a fait le paiement serait privé de tout recours si on lui refusait la faculté d'agir en vertu de son ancienne créance. Or, un pareil résultat n'est point acceptable. Vainement dirait-on que celui qui a payé est présumé avoir voulu donner. Cette présomption, qu'on est bien obligé d'admettre pour expliquer le paiement fait par une personne qui savait n'être pas débitrice et qui, de son côté n'était pas créancière, n'a plus la même force dans l'hypothèse actuelle. Ici, en effet, le paiement se comprend par l'intention de renoncer au bénéfice de la compensation; et c'est en ce sens qu'il doit être interprété d'après la règle *Renuntiatio strictissimæ est interpretationis*. » Cpr. Larombière, art. 1295, n° 3. Desjardins, *op. cit.*, p. 144, qui donnent au débiteur qui a payé le choix entre les deux actions; Marcadé, sur l'art. 1299, Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*, qui ne lui donnent que la *condictio indebiti*.

dire que l'*accipiens* a, lui aussi, renoncé à la compensation ; impossible également d'admettre que le *solvens*, en payant en connaissance de cause, a pu priver celui qui l'a reçu du droit d'opposer la compensation.

L'*accipiens* pourra donc s'en prévaloir, sauf à lui, bien entendu avant tout, à remettre les choses dans l'état où elles étaient avant le paiement en faisant remise de ce qu'il a reçu (1).

La loi prévoit, du reste, également, l'erreur possible de la part du débiteur lui-même qui a payé et applique les mêmes principes. S'il a payé dans l'ignorance de la créance qui de plein droit avait éteint sa dette, par exemple, à une époque où sans qu'il le sache encore, il était devenu déjà l'héritier du créancier de son propre créancier (2), une présomption de renonciation à la compensation n'a plus de raison d'être. Même au regard des tiers, le débiteur conserve donc sa créance pleine et entière avec toutes les sûretés accessoires qui la garantissaient et cela, bien entendu, que l'*accipiens* ait reçu le paiement en connaissance de cause ou par erreur. D'ailleurs, et ici, sans contestation possible, le

(1) V. Aubry et Rau, t. IV, p. 239 et 240, texte et note 8.

(2) C'est là, notons-le simplement, le fait unique dont le *solvens* sera tenu d'administrer la preuve, c'est là la juste cause d'ignorer la créance susceptible de compensation dont parle l'article 1299. Le débiteur n'a donc pas à faire distinctement la preuve de son ignorance, fait négatif dont la preuve directe et absolue est impossible. L'erreur de Toullier sur ce point (V. I, 391) est certaine. Cf. Aubry et Rau, t. IV, p. 239, note 5.

solvens aura, en outre de son action ancienne, la *condictio indebiti*, et peut-être aura-t-il intérêt à l'exercer, car, si les deux créances ne sont pas productives d'intérêts, et si l'*accipiens* a reçu le paiement de mauvaise foi, le *solvens* pourra le faire condamner à restituer non seulement le capital mais les intérêts du jour du paiement (1).

Tels sont les deux cas de renonciation à la compensation prévus formellement par le législateur, cas où il est fait échec au principe même de la compensation légale.

Mais, évidemment, ces prévisions formelles de la loi ne sauraient avoir rien de limitatif. Si la renonciation peut être tacite, elle peut aussi, évidemment, être expresse, et même la renonciation tacite ne saurait voir son empire limité aux deux hypothèses de l'art. 1295 et de l'art. 1299. D'une façon générale, on peut dire que la renonciation tacite à la compensation résultera de tout acte incompatible avec l'effet extinctif de cette compensation. Seulement, cette renonciation, comme tout autre ne saurait se présumer, il faut qu'elle ne laisse aucun doute, le fait d'où on l'induit n'étant point susceptible de recevoir une autre interprétation (2). Par exemple, voici un créancier qui produit à la faillite de son débiteur en dépôt d'une dette qu'il a lui-même en-

(1) V. C. civ., art. 1378. Cpr. L. 10, § 1. D. de comp. (XVI, 2).

(2) V. Laurent, t. XVIII, p. 472.

vers ce débiteur ; nul doute, c'est là un fait qui ne peut s'interpréter autrement que par une renonciation à la compensation légalement opérée (1).

Mais voici une partie débitrice et créancière d'une autre qui, poursuivie par cette autre, n'oppose point à son adversaire la compensation, mais seulement d'autres moyens de défense, elle invoque un paiement, une novation. Voici que, condamnée à payer la somme entière, elle ne fait point appel du jugement, peut-on dire qu'il y a de sa part renonciation tacite à la compensation ? Il est permis d'en douter.

La compensation paraît bien, en effet, pouvoir être invoquée en tout état de cause, même après une condamnation (2) passée en force de chose jugée, et au moment même où le créancier se présente pour exécuter son jugement, car on aperçoit mal cette exécution d'un débiteur qui, en réalité, ne l'est point de par l'effet d'une compensation opérée par la loi elle-même (3). Seulement, tout autre sera la situation si, comme cela est arrivé, les juges constatent, qu'après s'être laissé condamner et n'avoir point porté appel, le débiteur a produit à la faillite de l'autre partie sans déduction, à raison de la compensation, et a même cédé à un tiers le

(1) V. Paris, 27 mai 1869. S. 70, 1, 290.

(2) V. *supra*, p. 181, note 1.

(3) Cf. Laurent, t. XVIII, p. 409, Aubry et Rau, t. IV, p. 236, texte et note 2.

montant du dividende afférent à la totalité de sa production (1).

Il est de même bien certain que le débiteur qui a payé un acompte, mais reste cependant redevable d'un solde supérieur ou égal à ce qui lui est dû conserve le droit d'opposer par la suite la compensation (2).

Par contre c'est, ce nous semble, une renonciation certaine, quoique tacite, que nous rencontrons dans l'hypothèse où l'une et l'autre des sommes dues doit recevoir, d'après la nature de la convention intervenue entre les parties, une affectation particulière. C'est pour cette raison que la compensation ne saurait être admise à notre avis, entre la mise sociale due par un commanditaire et les sommes dont il se trouve être créancier de la société (3).

C'est pour cette raison encore qu'il n'y aura point davantage de compensation entre la somme envoyée par le tireur d'une lettre de change avec affectation spé-

(1) V. Grenoble, 1^{er} mars 1893. D. 92, 2, 222.

(2) Cf. Aubry et Rau, t. IV, p. 238. V. l'hypothèse prévue par l'art. 1295, alin. 2, *supra*.

(3) V. Aix 15 juin 1855, S. 57, 2, 94. Cass., 21 février 1844, S. 44, 1, 692. Cf. Desjardins, *op. cit.*, p. 378. Laurent, t. XVIII, n° 451. Aubry et Rau, t. IV, s. 327, p. 236. V. cep. Cass., 4 mars 1867, S. 67, 1, 254, qui admet la compensation, mais sans doute parce que la cause de la créance du commanditaire se rattachait à la constitution même de la société.

ciale au paiement de cette lettre et la créance du tiré contre le tireur (1).

Il ne nous reste plus qu'un mot à dire en ce qui concerne le droit allemand. La question que nous venons d'examiner, relativement au paiement d'une dette éteinte par compensation, ne peut s'y présenter en termes identiques, mais il n'en reste pas moins que, pour différer en apparence, le problème que pose ce paiement n'y doit point recevoir une solution différente. Si en effet, la compensation se produit finalement, comme en droit français, au jour même de la co-existence des deux dettes, il n'en est pas moins vrai que ces effets demeurent paralysés, tant qu'une circonstance particulière, nous voulons dire la déclaration de compensation par une partie à l'autre, n'est pas intervenue. Aussi faut-il qu'à ce moment les deux dettes existent encore. Si donc, avant cette déclaration, l'un des débiteurs a payé l'autre, il ne saurait prétendre avoir payé l'indû et vouloir répéter.

La compensation était, en effet, avant tout pour chaque partie une garantie, un droit de rétention; voici que l'un des débiteurs paye ce qu'il doit à l'autre; aucune garantie n'est plus nécessaire à ce dernier. Celui qui a payé ne saurait élever aucune réclamation. Sans doute il a payé sa dette réellement au lieu de la

(1) V. cette solution indiquée dans ces termes mêmes dans Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, et les arrêts cités, note 10.

payer par voie de compensation. Mais ce n'est là qu'une question de procédé sans influence sur les principes. La dette payée existait puisqu'aucune déclaration de compensation n'avait été faite ; il suffit ; on ne peut dire qu'il y a paiement de l'indû. Le débiteur qui a payé ne saurait prétendre répéter, pour invoquer ensuite la compensation. Sa dette est éteinte, à lui de faire valoir sa créance par les voies du droit commun.

CONCLUSION

Dans sa donnée générale, le problème dont nous nous étions proposé l'étude était assez simple : étant donné deux parties réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre, ne convient-il pas de simplifier le règlement de leurs rapports juridiques, de remplacer par une compensation, par un double paiement fictif le double paiement réel qui normalement devrait intervenir entre elles. Il n'est point de législation arrivée à un certain développement qui ne réponde affirmativement et n'organise cette compensation ; et, de fait, au fur et à mesure que se développe la civilisation, que l'abstraction juridique progresse, l'utilité d'une semblable institution apparaît de mieux en mieux. Par elle, le créancier ne court plus le risque de l'insolvabilité de son débiteur, par elle aussi un double paiement est évité, c'est-à-dire un double maniement de fonds, un double transport de numéraire.

Le rôle économique tout autant que juridique de la compensation apparaît aussi considérable.

C'est ce rôle économique que l'institution des Clearing Houses a permis depuis longtemps déjà de saisir

plus complètement, c'est ce rôle encore que la doctrine allemande mieux qu'aucune autre a su apercevoir et mettre en relief. La compensation n'est point simplement un procédé spécial de paiement, elle est encore un moyen de crédit, une sûreté, grâce à laquelle le créancier se paie avec sa propre dette. Aussi, tout débiteur n'hésitera-t-il point à contracter à nouveau avec son créancier, celui-ci fut-il d'une solvabilité douteuse, puisque sa propre dette le soustrait à l'insolvabilité de ce créancier, puisque tacitement une constitution de gage est faite à son profit sur les deniers dont il est débiteur.

Le système est sans nul doute favorable au crédit, nous savons malheureusement que la supposition peut dans la réalité se trouver en défaut, qu'il est des hypothèses où l'idée d'une constitution de gage tacite ne trouve plus aucun appui dans les faits. Juridiquement, alors, le système manque de base. Aussi bien nous avons vu également que parfois le législateur allemand, tout en s'inspirant largement des idées qui précèdent, n'en a point poussé la rigueur jusqu'au bout. Plus d'une fois, pour des raisons d'équité et d'utilité pratique, il a su s'en écarter.

Ainsi l'a-t-il fait, notamment en acceptant la fiction de rétroactivité, ce qui entraîne (et la conséquence était nécessaire à obtenir) l'arrêt du cours des intérêts dès la coexistence des dettes.

Mais encore est-il permis de penser que le législateur n'a point encore été suffisamment loin dans cette

voie, et nous avons vu, en effet, que relativement à la caution, relativement aussi à la théorie de la compensation en matière de faillite, le système allemand procède par dispositions absolues d'une exagération manifeste.

Le droit français a su éviter ces exagérations. Là aussi pourtant au premier abord, on peut croire se trouver en présence de dispositions absolues beaucoup trop générales, mais nous savons qu'en réalité une interprétation aussi stricte serait injustifiée et fautive. C'est ainsi qu'au cas de faillite la compensation semble rigoureusement prohibée alors qu'en réalité il est maintes hypothèses où elle restera possible. Il n'est pas jusqu'aux graves reproches que soulève la condition de liquidité qui ne doivent être atténués dans une large mesure. La liquidité n'est point entendue par le législateur en un sens absolu et rigoureux et la jurisprudence qui, par exemple, assimile aux créances liquides les créances facilement liquidables, est pleinement exacte sur le terrain des textes positifs. D'autre part, les conditions posées par la loi ne s'imposent pas impérativement aux parties en présence, elles peuvent les écarter d'un commun accord. Si donc, théoriquement, le système français sur ce point, apparaît critiquable parce que la contestation qui s'élève sur la quotité ou l'existence d'une dette ne devrait point avoir d'influence, dès lors que le créancier vient, par la suite, à établir son droit, il n'en est pas moins vrai que pratiquement l'œuvre du législateur n'est point aussi défectueuse.

tueuse qu'il peut sembler au premier abord. Nous avons, du reste, constaté, ici encore, le souci du législateur de faire, avant tout, œuvre pratique et d'écarter pour cela, s'il est besoin, des solutions qu'eût imposées la pure logique. Finalement donc, les systèmes dont nous avons poursuivi l'étude parallèle nous semblent bien près, grâce aux atténuations apportées de part et d'autre, d'être sur un pied d'égalité. La discussion peut porter efficacement sur des solutions de détail, elle nous paraît difficile si l'on prétend comparer les deux conceptions dans leur généralité. L'une et l'autre sont acceptables parce qu'il est avec chacune des accommodements possibles. Le législateur futur pourra donc légitimement hésiter chez nous à modifier le code civil sur ce point. L'interprétation large que la jurisprudence a fait des textes légaux aboutissant à reconnaître, en droit français, un système extrêmement souple et en fin de compte satisfaisant.

Vu :

Le Doyen,

GLASSON.

Vu :

Le Président de la thèse,

ANDRÉ. WEISS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice Recteur de l'Académie de Paris,

GREARD.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — Notion de la compensation, son fondement, son évolution historique	I
CHAPITRE I. — Des diverses conceptions historiques de la compensation.	21
Section I. — Compensation judiciaire ou romaine. . .	21
Section II. — Compensation légale ou française. . .	27
Section III. — Compensation allemande	44
CHAPITRE II. — Des conditions de la compensation. . . .	55
Section I. — Fongibilité entre les objets des deux dettes à compenser.	57
Section II. — Exigibilité des deux dettes	67
Section III. — Liquidité des deux dettes	73
Section IV. — Caractère personnel et principal des deux dettes	95
§ I. — Caractère personnel des dettes à compenser. .	95
§ II. — Caractère principal des dettes à compenser. .	102
Section V. — Absence d'une disposition légale prohibant la compensation	114
§ I. — Spoliation injuste.	115
§ II. — Dépôt et prêt à usage	124
§ III. — Dette d'aliments déclarés insaisissables. .	130
§ IV. — Contributions dues à l'Etat	136
§ V. — La compensation en matière de faillite . .	139

§ VI. — La compensation en matière de titres à ordre	158
CHAPITRE III. — Des effets de la compensation	168
Section I. — Effets de la compensation en tant que paie- ment.	170
Section II. — Caractère légal de la compensation.	181
Section III. — De la renonciation à la compensation lé- gale	185
CONCLUSION.	205

SAINT-AMAND (CHER). — IMPRIMERIE SCIENTIFIQUE ET LITTÉRAIRE, BUSSIÈRE
